

نوع من البيع^(١). وهكذا لو وهب ماله بشرط ثواب معين وجوزنا العقد^(٢) فليس لأحدهما أن يتصرف قبل القبض ، لأن الهبة بشرط الثواب المعلوم بيع^(٣).

الحادي عشر^(٤): رجل استأجر صباغا^(٥) ليصبغ (ثوبا له)^(٦) وسلم إليه ، ثم إن صاحب الثوب أراد أن يتصرف فيه . فإن كان قبل أن يصبغ الثوب لا يصح تصرفه ، لأن الصباغ استحق حبس الثوب ليوقع فيه عملا يستحق به

(١) انظر : الحاوي ٢٢٣/٥ ، فتح العزيز ٢٩٨/٤ ، روضة الطالبين ٥٠٩/٣ ، المجموع ٣٢١/٩ .

هذا ، وقد عقد الإمام الماوردي في حكم بيع ما ملك بالصلح قبل قبضه فصلا مستقلا فقال : " وأما بيع ما ملك بالصلح قبل قبضه ، فإن كان صلحا يجري مجرى الإبراء جاز من المصالح ، وإن كان في معنى بيع الدين بالعين لم يجز من غيره ، لأنه بيع الدين بالدين ، فإن كان صلحا يجري مجرى البيع لم يجز بيعه من المصالح ولا غيره كالبيع " . الحاوي ٢٣٠/٥ .

وإذا كنا قد حكمنا كما سبق من أنه لا يجوز جعل المبيع قبل القبض عوضا في صلح فهذا دون خلاف كما صرح بذلك الأكثرون ، ومع هذا فإن البعض حكى في ذلك خلاف ، وقال إن عدم الجواز هو الأصح ، ومقابله : جواز التصرف ، بناء على أن العلة فيه توالي ضمانتين بمعنى أننا لو نفذنا البيع لكان مضمونا عليه للمشتري الثاني ومضمونا له على بانه ، وقد يتلف قبل القبض ، فقدر انقلابه من ملك المشتري الثاني إلى المشتري الأول ومنه إلى البائع قبل التلف ، ويستحيل ملك شخصين في زمن واحد . ولكن هذا التعليل لا يتأتى في الصلح كما ذكر ذلك الشيخ الشيرازي في حاشيته على نهاية المحتاج ٨٦/٤ .

وعليه فكان ينبغي الاقتصاد على الوجه الأول الذي جزم به الأكثرون ، كالمصنف والرافعي والنووي وغيرهم . انظر في حكاية الوجهين : مغنى المحتاج ٤٦٢/٢ ، نهاية المحتاج ٨٥/٤-٨٦ .

(٢) هبة الثواب المعلوم جائزة على الأظهر ، كأن يقول شخص لآخر : وهبتك هذا على أن تثبيني كذا . وذلك نظرا للمعنى ، فإنه معاوضة بمال معلوم ، فصح كما لو قال : بعثك . ومقابل الأظهر : بطلان هبة الثواب المعلوم ، نظرا إلى اللفظ لتناقضه ، فإن لفظ الهبة يقتضي التبرع . وإذا قلنا : بالأظهر تكون بيعة على الصحيح نظرا إلى المعنى . وجزم البعض بهذا . انظر : مغنى المحتاج ٥٧٣/٣ ، أسنى المطالب ٤٨٥/٢-٤٨٦ .

(٣) وعلة ذلك : ضعف الملك ، فإنه كما يمنع البيع تمنع الهبة ، لتعرضه للانفساخ بتلفه انظر : المجموع ٣٢١/٩ ، الحاوي ٢٢٣/٥ .

أما الهبة المطلقة عن التقيد بثواب وعدمه فحكمها سيأتي في كلام المصنف في المسألة الثامنة من هذا الفصل . انظر المخطوط ورقة ٩/٩ .

(٤) أى الفرع الحادي عشر

(٥) الصباغ : من عمله تلوين الثياب ونحوها ، تقول : صبغت الثوب ونحوه صبغا : أى لونه . انظر : القاموس المحيط ١١٢/٣ ، المعجم الوجيز ص ٣٥٩ .

(٦) ما بين القوسين في ب "له ثوبا" .

عوضاً،^(١) (إذ) ^(٢) الإجارة من العقود اللازمة^(٣) ولهذا لو ندم صاحب الثوب وأراد أن يسترجع الثوب ليس له ذلك. وأما إن كان قد صبغه واستوفى الأجرة (فلمصاحب) ^(٤) الثوب أن يتصرف فيه. وإن كان قبل أن يستوفى الأجرة ليس له أن يتصرف فيه، لأن الصبغ (عين) ^(٥) مال، وهو مبيع فله حبسه إلى أن يستوفى عوضه، فكان حكمه حكم المبيع قبل القبض سواء ^(٦).
 الثاني عشر ^(٧) إذا استأجر قصاراً ^(٨) ليقصر (ثوبه) ^(٩) فإن أراد بيعه قبل أن يقصر ثوبه لا يجوز (له) ^(١٠)، لأن القصار استحق حبسه بعقد لازم (ليحدث فيه) ^(١١) صنعة يستحق بها بدلاً.
 وأما بعد القسارة فيبنى على أصل لنا وهو ^(١٢) (*) أن القسارة أثر وعين، وسنذكره في كتاب الإفلاس ^(١٣).
 فإن قلنا: القسارة تجرى (مجرى) ^(١٤) عين مال فالحكم على ما ذكرنا في مسألة الصبغ ^(١٥) وإن قلنا: القسارة أثر فلا يجوز له ^(١٦) حبسه على استيفاء

(١) انظر: فتح العزيز ٢٩٩/٤، روضة الطالبين ٥١٠/٣، المجموع ٣٢٤/٩، أسنى المطالب ٨٤/٢، نهاية المحتاج ٨٨/٤، مغنى المحتاج ٤٦٣/٢.

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل (فإن)

(٣) فلا تنسخ بعذر في غير المعقود عليه لمؤجر أو لمستأجر، ولا تنسخ أيضاً بموت العاقدتين أو أحدهما، بل تبقى إلى انقضاء المدة، لأنها عقد لازم كالبيع. انظر: مغنى المحتاج ٣٨٤/٣.

(٤) ما بين القوسين في ب "ولصاحب"

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "غير"

(٦) انظر: فتح العزيز ٢٩٩/٤، روضة الطالبين ٥١٠/٣، المجموع ٣٢٤/٩، أسنى المطالب ٨٤/٢.

(٧) أى الفرع الثاني عشر.

(٨) القصار: المبيض للثياب، يقال: قصر الثوب قصراً وقسارة: دقه وبيضه، والقصر: إزالة اللون من الباف النسيج أو تخفيفه، ومسحوق القصر: هو مسحوق كيماوى أبيض يستخدم في إزالة الألوان أو تخفيفها. انظر: المصباح المنير ص ١٩٣، المعجم الوجيز ص ٥٠٣-٥٠٤.

(٩) ما بين القوسين في ب "له ثوباً"

(١٠) ما بين القوسين من ب وقد سقط الأصل.

(١١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل لا يقرأ.

(١٢) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل كلمتين يصعب قراءتهما، وهما غير موجودتين في ب، والسياق بدونهما مستقيم.

(١٣) وهو كالاتي: هل القسارة عين أو أثر؟ في ذلك خلاف على وجهين. أصحهما - كما نكر النووي - أنها عين، أى تجرى مجرى عين المال. انظر المجموع ٣٢٤/٩.

(١٤) ما بين القوسين سقط من ب.

(١٥) إن كان قد قصره واستوفى الأجرة فلصاحب الثوب أن يتصرف فيه. وإن كان قبل أن يستوفى الأجرة ليس له أن يتصرف فيه، لأنه يستحق حبسه إلى استيفاء الأجرة. انظر: فتح العزيز ٢٩٩/٤، روضة الطالبين ٥١٠/٣، المجموع ٣٢٤/٩.

(١٦) أى للقصار.

الأجرة ، وله أن يتصرف فيه^(١) . وعلى هذا لو سلم ذهبنا إلى (صائع)^(٢) واستأجره علي (صياغته)^(٣) أو غزلاً^(٤) إلى حائك^(٥) لينسجه^(٦) ، أو استأجر إنساناً ليبني له بيتاً بآلات معينة فالحكم في الجميع على هذه القاعدة^(٧)^(٨) .
الثالث عشر^(٩) : إذا استأجر إنساناً شهراً ليرعى (أنعامه)^(١٠)^(١١) (أو)^(١٢) ليحفظ مالا له (معيناً)^(١٣) ثم أراد (التصرف)^(١٤) في ذلك المال ، فالبيع صحيح ، لأن حق الأجير ما تعلق بذلك المال ، فإن المستأجر لو أراد أن

(١) أي ولصاحب الثوب أن يتصرف فيه ، إذ ليس للقصار حبسه على هذا . انظر : فتح العزيز ٢٩٩/٤ ، روضة الطالبين ٥١٠/٣ ، المجموع ٣٢/٩ .

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " صانع " .

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " صناعته " .

(٤) الغزل في اللغة : الفتل ، يقال : غزل الصوف أو القطن ونحوهما غزلاً : قتله خيوطاً بالمغزل ، والمغزل : ما يغزل به الصوف والقطن ونحوهما يدوياً أو آلياً ، والجمع مغازل . انظر : المصباح المنير ص ١٧٠ ، المعجم الوجيز ص ٤٥٠ .

(٥) الحائك في اللغة : مأخوذ من حاك الثوب : أي نسجه ، فهو حائك وهي حائكة ، وحاك في كذا حيكاً : أثر فيه ، يقال : حاك السيف في فلان ، والقول في القلب . انظر : المعجم الوجيز ص ١٨٢ .

(٦) النسج في اللغة : مأخوذ من نسج الثوب نسجاً : أي حاكه وصنعه ، ونسج الكلام : صاغه ، والنساجة : الصناعة ، والنساج : حائك الثياب . انظر : القاموس المحيط ١/٢١٧ ، المصباح المنير ص ٢٣٠ ، المعجم الوجيز ص ٦١٢ .

(٧) أي فيها حكم القصار : فإن أراد أن يتصرف في شيء من ذلك قبل أن يقوم الأجير بعمل شيء فلا يجوز ، لأن له حبسه بعمل ما يستحق به الأجرة . وإن كان بعد العمل إن قلنا : ذلك العمل عين فإن كان الأجير استوفى الأجرة فلصاحب الشيء أن يتصرف فيه ، وإن كان قبل أن يستوفى الأجرة فليس له أن يتصرف فيه ، لأنه يستحق حبسه إلى استيفاء الأجرة . وإن قلنا : ذلك العمل أثر فلصاحب الشيء أن يتصرف فيه بالبيع وغيره . انظر : فتح العزيز ٢٩٩/٤ ، المجموع ٣٢٤/٩ ، روضة الطالبين ٥١١/٣ .

(٨) القاعدة : الضابط أو الأمر الكلي ينطبق على جزئيات . والقاعدة من البناء : أساسه . والجمع قواعد . انظر : المعجم الوجيز ص ٥١٠ .

(٩) أي الفرع الثالث عشر .

(١٠) ما بين القوسين في ب " أغنامه " .

(١١) النعم : المال الراعي ، وهو جمع لا واحد له من لفظه ، وأكثر ما يقع على الإبل ، وجمعه نعمان مثل حمل وحملان ، وأنعام ، وقيل النعم : الإبل خاصة ، أو الإبل والبقر والغنم . وقيل : تطلق الأنعام على هذه الثلاثة ، فإذا انفردت الإبل فهي نعم ، وإن انفردت البقر والغنم لم تسم نعماً . انظر : المصباح المنير ص ٢٣٤ ، المعجم الوجيز ص ٦٢٥ .

(١٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " و " .

(١٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " معين " .

(١٤) ما بين القوسين في ب " أن يتصرف " .

يستعمله في مثل ذلك العمل كان جائزا (١).
 الرابع عشر (٢): إذا طلب الشفعة ثم أراد أن يتصرف في (الشقص) (٣) (٤) قبل
 أن يحصل في يده لا يجوز، سواء بذل الثمن أو لم يبذل، لأن الشفعة معاوضة
 شرعية (٥).

(١) انظر: المجموع ٣٢٤/٩، نهاية المحتاج ٨٨/٤، أسنى المطالب ٨٤/٢.
 وكلام الإمام المتولى في هذا الفرع مبني على أنه هل يجوز إبدال المستوفى به أولا؟
 والأصح: أنه يجوز إبداله وإن لم يرض الأجير، لأنه ليس معقودا عليه، وإنما هو
 طريق للاستيفاء. ومقابله: لا يصح كالمستوفى منه، فإنه لا يبذل، لأنه معقود
 عليه. انظر في ذلك: مغنى المحتاج ٤٧٥/٣.
 ويمكن أن يقال: إن المصنف بنى مسألة القسارة والصباغة على عدم جواز إبدال
 المستوفى به، وبنى مسألة رعى الأنعام وحفظ المال على جواز إبداله، فلماذا هذه
 التفرقة مع أنه الأصح هو جواز الإبدال ومقابله هو عدم الجواز؟
 الجواب: أن الصبغ والقسارة عين فتناسب حبسه كسائر الأعيان بخلاف الرعى
 والحفظ.

ومن الممكن أن يحمل كلام المصنف على تصرفه بعد الإبدال، بل تعليقه دل عليه.
 انظر في ذلك: نهاية المحتاج ٨٩/٤، أسنى المطالب ٨٤/٢، حاشية المغربي
 الرشيدى على نهاية المحتاج ٨٩/٤ ط: دار الكتب العلمية، حاشية الشيخ أبى العباس
 أحمد الرملى على أسنى المطالب ٨٤/٢.

(٢) أى الفرع الرابع عشر.
 (٣) ما بين القوسين من ب وفي الاصل " القبض "
 (٤) الشقص: القطعة من الأرض، والطائفة من الشيء، والجمع: أشقاص. انظر: مختار
 الصحاح ص ١٤٤، المصباح المنير ص ١٢٢.
 (٥) وما ذكره المصنف هو الأصح والأقوى كما قال النووى، ولذا جزم به المصنف
 وتبعه في ذلك آخرون.

وذكر الإمام البغوى بعكس ذلك تماما حيث قال: يجوز للشفيع إذا تملك الشقص أن
 يبيعه قبل القبض. انظر: فتح العزيز ٢٩٩/٤، روضة الطالبين ٥١٠/٣ وجاء فيه
 "الشفيع إذا تملك الشقص، قال في التهذيب: له بيعه قبل القبض، وقال في التتمة:
 ليس له ذلك، لأن الأخذ بها معاوضة. قلت: الثاوى: أقوى والله أعلم"، المجموع
 ٣٢٣/٩ وجاء فيه عن قول المصنف " وهذا أصح وأقوى " ، نهاية المحتاج ٨٨/٤،
 مغنى المحتاج ٤٦٤/٢، أسنى المطالب ٨٤/٢.

ومع هذا فالمسألة فيها تفصيل آخر ذكره الإمام النووى في المجموع ٣٢٣/٩ نقلا
 عن الإمام الرافعى وهذا التفصيل كالآتى:

إذا كان الشفيع قد سلم الثمن فوجهان. أحدهما: أنه لا يجوز تصرف الشفيع في
 الشقص قبل القبض، كالمشتري. ومقابله: الجواز، لأنه قهرى كالإرث.
 أما لو ملك بالإشهاد أو بقضاء القاضى لم ينفذ تصرفه قطعا، وكذا لو ملك برضاء
 المشتري يكون الثمن يبقى في ذمة الشفيع.

الخامس عشر^(١): (الأرزاق)^(٢) التي يخرجها السلطان إلى الأجناد يجوز بيعها قبل قبضها^(٣). لما روى موسى بن عقبة^(٤) أن رسول الله ﷺ "أخرج طعاماً للناس، فباع الناس الصكاك قبل قبضها"^(٥).

(١) أي الفرع الخامس عشر.

(٢) ما بين القوسين في ب "الأوراق".

(٣) هكذا ورد عن الشافعي رضي الله عنه حيث قال: "والأرزاق التي يخرجها السلطان للناس يبيعها قبل أن يقبضها... الأم ٨٧/٣. وبهذا جزم المصنف دون تفصيل. إلا أن الأصحاب اختلفوا في تأويل نص الشافعي السابق.

فقال بعضهم: يجوز بيع الأرزاق التي يخرجها السلطان للناس قبل قبضها إذا أفرزه السلطان، فتكون يد السلطان في الحفظ يد المفرز له، ويكفي ذلك لصحة البيع، ومنهم من لم يكتف بذلك، وحمل النص على ما إذا وكل وكيلاً في قبضه، فقبضه الوكيل، ثم باعه الموكل، وإلا فهو بيع شيء غير مملوك، وبه قطع القفال كما قال الرافعي. قال النووي بعد ذكره لما مر من تأويل الأصحاب: "قلت الأول أصح وأقرب إلى النص، وقول الرافعي: وبه قطع القفال! يعني بعدم الاكتفاء، لا بتأويل المذكور، فإنني رأيت في شرح التلخيص للقفال المنع المذكور، وقال: ومراد الشافعي بالرزق الغنيمة، ولم يذكر غيره. ودليل ما قاله الأول وهو الأصح: أن هذا القدر من المخالفة للقاعدة احتمال المصلحة، والرفق بالجند لمسييس الحاجة، وممن قطع بصحة بيع الأرزاق التي أخرجها السلطان قبل قبضها المتولي وآخرون". المجموع ٣٢٣/٩، وانظر أيضاً: فتح العزيز ٢٩٨/٤-٢٩٩، روضة الطالبين ٥١٠/٣، أسنى المطالب ٨٤/٢، مغني المحتاج ٤٦٤/٢، نهاية المحتاج ٨٧/٤.

(٤) موسى بن عقبة هو: موسى بن عقبة بن أبي عياش، الإمام الثقة الكبير، أبو محمد القرشي مولاهم الأسدي المطرفي مولى آل الزبير، ويقال: بل مولى أم خالد بنت خالد الأموية زوجة الزبير، وكان بصيراً بالمغازي النبوية. ألفها في مجلد واحد، فكان أول من صنف في ذلك. أدرك عمر وجابر وحدث عن أم خالد، وعداده في صغار التابعين، وحدث أيضاً عن أبي سلمة ونافع بن جبير بن مطعم ونافع مولى ابن عمر وعسروة بن الزبير وعكرمة وغيرهم. قال ابن سعد: كان ثقة قليل الحديث، وقال في موضع آخر وهو أشبهه: كان ثقة ثبناً كثير الحديث، كان مالك إذا قيل له: مغازي من نكتب، قال عليكم بمغازي موسى بن عقبة فإنه ثقة طلبها على كبر السن ليقيد من شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، مات رضي الله عنه سنة خمس وثلاثين ومائة. انظر: سير أعلام النبلاء ١١٨: ١١٤/٦، معرفة الثقات ٣٠٥/٢، مشاهير علماء الأمصار ٨٠/١، الثقات ٤٠٤/٥، تاريخ أسماء الثقات ٢٢٠/١، ميزان الاعتدال ٥٥٢/٦، الطبقات الكبرى ٤٢٥/٥.

(٥) والحديث هكذا كما أورده المصنف عن موسى بن عقبة لم أجده فيما اطلعت عليه من كتب السنة بل وكتب الفقه أيضاً التي توفرت لي. ولكن ورد بمعناه ما رواه مسلم عن سليمان بن يسار عن أبي هريرة أنه قال لمروان: أحلت بيع الربا. فقال مروان: ما فعلت. فقال أبو هريرة: أحلت بيع الصكوك، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفي. فقال: فخطب مروان الناس فنهى عن بيعها. قال سليمان: فنظرت إلى حرس يأخذونها من أيدي الناس. صحيح مسلم ١١٦٢/٣ "باب بطلان بيع المبيع قبل القبض"، ورواه مالك أيضاً في الموطأ ٦٤١/٢ بلفظ: عن مالك أنه بلغه أن صكوكاً خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها. فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على مروان بن الحكم فقالا: أتحل بيع الربا يا مروان. فقال: أعوذ بالله، وما ذاك؟ فقالا: هذه الصكوك تباعها الناس ثم باعوها قبل أن يستوفوها، فبعث مروان الحرس يتبعونها ينزعونها من أيدي الناس، ويردونها إلى أهلها. وأخرجه أيضاً أحمد في مسنده ٣٤٩/٢ بنحو رواية مسلم.

وروى أن عمر (رضي الله عنه) ^(١) "أمر (طعاماً) ^(٢) للناس فابتاع حكيم بن حزام منه ثم باع قبل أن يقبض، فقال عمر (رضي الله عنه): ^(٣) لا تبع طعاماً ابتعته قبل أن يقبضه" ^(٤). ولم يمنعه من الابتاع من الذين أمر لهم بالطعام ^(٥).
وروى عن زيد بن ثابت ^(٦) وابن عمر "أنهما كانا لا يريان ببيع الرزق بأساً" ^(٧).

(١) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٢) ما بين القوسين في ب "بطعام".

(٣) ما بين القوسين مثبت من ب وقد سقط من الأصل.

(٤) الأثر أخرجه مالك في الموطأ ٦٤١/٢ عن نافع أن حكيم بن حزام ابتاع طعاماً أمر به عمر بن الخطاب للناس، فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه. فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فردّه عليه وقال: "لا تبع طعاماً ابتعته حتى تستوفيه".

(٥) لذا قال الشافعي رضي الله عنه: "والأرزاق التي يخرجها السلطان للناس يبيعها قبل أن يقبضها، ولا يبيعها الذي يشتريها قبل أن يقبضها، لأن مشتريها لم يقبض، وهي مضمونة له على بائعها بالثمن الذي باعه إياها به حتى يقبضها، أو يرد البائع إليه الثمن". الأم ٨٧/٣-٨٨.

(٦) زيد بن ثابت: هو زيد بن الضحّاك بن زيد بن لؤذان الأنصاري ثم البخاري، أبو خارجة، صحابي من أكابرهم، كان كاتباً للوحي، ولد بالمدينة، ونشأ بمكة، وقتل أبوه وهو ابن ست سنين، وهاجر مع النبي صلى الله عليه وسلم وهو ابن إحدى عشرة سنة، وتعلم وتفقّه في الدين، وكان أحد الذين جمعوا القرآن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعرضه عليه، وهو الذي كتب المصحف لأبي بكر ثم لعثمان، وله في كتب الحديث (٩٢) حديثاً. توفي رضي الله عنه سنة (٤٥) هـ وهو ابن ست وخمسين سنة، وقيل: غير ذلك، قال عنه ابن عباس عندما مات: هكذا ذهّاب العلم، لقد ذهب اليوم علم كثير. الأعلام ٦٥/٣-٦٦، أسد الغابة ٢٧٨/١-٢٧٩، تهذيب التهذيب ٣/٣٩٩، تقريب التهذيب ٢٧٢/١ صفة الصفوة ٣٥٧/١ وما بعدها.

(٧) الأثر أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣٦٣/٤ عن الزهري أن ابن عمر وزيد بن ثابت كانا لا يريان بأساً بشري الرزق إذا أخرجت القطوط وهي الصكاك، ويقولون: لا تبعه حتى يقبضه. وأخرجه عنهما أيضاً: البيهقي في السنن الكبرى ٣١٤/٥، وعبد الرزاق في مصنفه ٢٨/٨.

وعلى هذا غلة الوقف^(١) إذا حصلت لأقوام وعرف كل واحد قدر حقه فباعه قبل أن يقبضه يجوز كرزق الأجناد سواء^(٢).

السادس عشر^(٣): لو اشترى شيئاً من والده فمات الأب والمبيع غائب عنه يجعل قابضاً وينفذ تصرفه عقيب الموت إذا لم يكن هناك وارث آخر، سواء كان عليه دين^(٤) أو لو يكن، لأن حق الحبس ثابت، وحقوق الأب بالموت تنتقل (إلى الوارث)^(٥)، فقد ورث حق الحبس على (نفسه)^(٦)، فسقط كما لو ورث ديناً على نفسه سقط عنه.

فأما (إذا)^(٧) كان معه ابن آخر فله أن يتصرف في (*)^(٨) النصف، وحق الحبس في النصف الآخر انتقل إلى أخيه، (فلا)^(٩) يتصرف فيه حتى يقبض منه^(١٠).

(١) الوقف في اللغة: الحبس، وهو مصدر وقف، يقال: وقفت الدابة وقفاً: سكنت، ووقفت الدار وقفاً: حبستها في سبيل الله، ووقفت الرجل عن الشيء: منعه عنه. انظر: المصباح المنير ص ٢٥٦، المعجم الوجيز ص ٦٧٩، مختار الصحاح ص ٣٠٥.

والوقف اصطلاحاً: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح. غاية البيان ص ٣٣٨، مغني المحتاج ٣/٥٢٢.
(٢) وقد نقل ذلك الإمام النووي عن المصنف وأقره. انظر: المجموع ٩/٣٢٣، أسنى المطالب ٢/٨٤، مغني المحتاج ٢/٤٦٤، حاشية الجمل ٣/١٦٣.
وعلى ذلك فإنه يجوز للموقوف عليه بيع الثمرة الخارجة من الشجرة الموقوفة قبل أن يأخذها. انظر: فتح العزيز ٤/٢٩٩، روضة الطالبين ٣/٥١٠، المجموع ٩/٣٢٤، أسنى المطالب ٢/٨٤، مغني المحتاج ٢/٤٦٤.

(٣) أي الفرع السادس عشر.
(٤) الدين في اللغة: ما تعطيه غيرك من مال عليه على أن يرده إليك. والجمع: ديون. يقال: رجل مدان ومدين ومديون ودائن ومدان: كل ذلك الذي عليه الدين. ودنت الرجل: إذا أقرضته. انظر: الزاهر ص ٣١٣، المعجم الوجيز ص ٢٤١.
والدين اصطلاحاً: وصف حكمي يثبت في الذمة. انظر: مجمع الأنهر ٢/١٤٦.

(٥) ما بين القوسين سقط من ب.
(٦) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
(٧) ما بين القوسين في ب "إن".
(٨) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل "الثمن" والسياق بإثباته يختل، لذا فالصحيح حذفه كما في ب.

(٩) ما بين القوسين في ب "ولا".

(١٠) وقد مر شيء من ذلك عند الكلام على الفرع الرابع من هذه المسألة. انظر في ذلك: فتح العزيز ٤/٢٩٨، روضة الطالبين ٣/٥٠٨، المجموع ٩/٣٢٠-٣٢١، أسنى المطالب ٢/٨٣ وجاء فيه "وما اشتراه من مورثه ومات مورثه قبل قبضه فله بيعه وإن كان مورثه مديوناً، ودين الغريم في صورة الدين متعلق بالثمن، وإن كان له -أي لوارثه- وارث آخر لم ينفذ بيعه ذلك في قدر نصيب الآخر منه لمورثه حتى يقبضه".

الثانية^(١): إذا كان المبيع عبداً فأعتقه^(٢) قبل القبض حكى (عن)^(٣) (ابن)^(٤) خيران^(٥) أنه قال: لا ينفذ عتقه أصلاً، لأنه نوع إزالة للملك كالبيع سواء^(٦) ومن أصحابنا من يقول: إذا أذن فيه البائع أو كان الثمن مؤجلاً أو كان قد وفر الثمن (فالعتق)^(٧) نافذ، وإن كان الثمن حالاً ولم يوفره ولا أذن فيه البائع فالحكم فيه كالحكم في الراهن إذا عتق المرهون (وسيدكر)^(٨) (٩).

(١) أي المسألة الثانية.

(٢) العتق في اللغة: مأخوذ من عتق العبد عتقاً، وعتاقاً: خرج من الرق؛ فهو عتيق، والجمع: عتقاء، والعتق بالكسر اسم منه، وهو الكرم والجمال، والنجابة والشرف والحرية. والبيت العتيق: الكعبة المشرفة، سميت بذلك قيل: لأنه أول بيت وضع في الأرض، أو أعتق من الغرق، أو من الجبابرة، أو من الحبشة، أو أنه حر لم يملكه أحد. انظر: القاموس المحيط ٢٦٩/٣-٢٧٠، المصباح المنير ص ١٤٨، المعجم الوجيز ص ٤٠٥. والعتق اصطلاحاً: إزالة الرق عن الأدمى. وهو من المسلم قرينة مطلقاً ولو معلقاً. انظر: غاية البيان ص ٤٨٨، حاشية قليوبي ٣٥١/٤.

(٣) ما بين القوسين سقط من ب.

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "بن" بدون همزة وصل، والصحيح إثباتها كما هو مثبت من ب.

(٥) ابن خيران هو: الحسين بن صالح بن خيران البغدادي، كان إماماً جليلاً ورعاً، وكان يعتب على ابن سريج في ولايته للقضاء ويقول: هذا الأمر لم يكن في أصحابنا، إنما كان في أصحاب أبي حنيفة، طلبه الوزير ابن الفرات بأمر الخليفة للقضاء فامتنع، توفي يوم الثلاثاء لثلاث عشر بقيت من ذي الحجة سنة عشرين وثلاثمائة. انظر: تاريخ بغداد ٥٣/٨-٥٤، طبقات السبكي ٢٧١/٣-٢٧٤، طبقات الإسنوي ٤٦٣/١-٤٦٤.

(٦) وهذا هو الوجه الأول، وبه وبالثالث اكتفى الإمام الشيرازي. انظر: المذهب ٣٤٩/١.

(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "القبض" والصحيح ما أثبت من ب.

(٨) ما بين القوسين في ب "وسنذكره".

(٩) وهو قول ابن سريج، وهو الوجه الثاني. وتفصيله كالآتي: إن لم يكن للبائع حق الحبس بأن كان الثمن مؤجلاً أو حالاً أداه المشتري أو أذن البائع في العتق فالعق نافذ من المشتري قبل أن يقبضه. وإن كان الثمن حالاً ولم يؤده المشتري ولا أذن البائع فالحكم في ذلك كالحكم في الراهن إذا عتق المرهون.

وفي عتق الراهن للمرهون أقوال الأظهر: أنه ينفذ من الموصر بقيمة المرهون أو الأقل من الأمرين من قيمة المرهون ومن قدر الدين، بخلاف المعسر، لأنه عتق يبطل به حق الغير، فإن أيسر ببعضها عتق القدر الذي أيسر بقيمته.

والقول الثاني: أنه ينفذ مطلقاً، ويغرم المعسر إذا أيسر القيمة وتصير رهناً.

والقول الثالث: لا ينفذ مطلقاً. انظر: مغني المحتاج ٦١/٣.

وبناء عليه: فإن قلنا: بالأظهر وهو صحة العتق للمرهون من الراهن الموصر فإنه يصح عتق المشتري للعبد المبيع قبل قبضه إن كان موصراً وإلا فلا.

وإن قلنا: بالقول الثاني وهو صحة العتق للمرهون من الراهن مطلقاً فإن العتق من المشتري ينفذ قبل القبض ولو كان معسراً، ويغرم قيمة العبد متى أيسر.

وإن قلنا: بالثالث وهو عدم صحة عتق الراهن مطلقاً للمرهون فإنه لا يصح العتق من المشتري قبل القبض. وقد قال الرافعي: "والصحيح أنه ينفذ... بخلاف إعتاق الراهن، لأن الراهن حبر على نفسه بالرهن، والرهن أنشئ ليحبسه المرتهن".

هكذا ذكر المصنف وتبعه على ذلك آخرون كالإمام الرافعي. انظر: فتح العزيز ٢٩٥/٤، أسنى المطالب ٨٣/٢، مغني المحتاج ٤٦٢/٢. أما الإمام النووي فقد ذكر هذا الوجه عن ابن سريج ولم يفصل ما سبق، بل قال: "إن لم يكن للبائع حق الحبس، بأن كان الثمن مؤجلاً أو حالاً وقد أداه المشتري صح، وإلا فلا". انظر: روضة الطالبين ٥٠٦/٣، المجموع ٣١٩/٩، مغني المحتاج ٤٦٢/٢-٤٦٣.

(ويفارق البيع)،^(١) لأن مقتضى البيع القدرة على التسليم، وقبل القبض (لا)^(٢) قدرة، وأما العتق فليس يقتضى ذلك، لأن العتق ينفذ في العبد الأبق والمغصوب وإنما يقتضى على قول خلوه عن حق الغير^(٣). ومن أصحابنا من قال: عتقه نافذ فيه بكل حال^(٤). والفرق بينه وبين المرهون: أن هناك الراهن عقد على ملكه عقداً لزمه حكمه، واقتضى عليه حجراً^(٥)، (والعتق)^(٦) يتضمن إبطال ذلك، (فلا)^(٧) يجوز أن يبطل تصرف لازم صادر منه بتصرف آخر. وأما المشتري (فما)^(٨) أحدث تصرفاً أوجب عليه حجراً في ملكه، ولكن استحدث ملكاً (فقلنا):^(٩) إنه لا يمنع من عتقه^(١٠).

(١) ما بين القوسين في ب "ويخالف المبيع".

(٢) ما بين القوسين مثبت من ب وفي الأصل "ولا".

(٣) انظر: مغنى المحتاج ٤٦٢/٢-٤٦٣ وجاء فيه "نعم لا يصح... إعتاقه على مال... ولا إعتاقه عن كفارة غيره، لأنه هبة..."، أسنى المطالب مع حاشية أبي العباس الرملى عليه ٨٣/٢، حاشية الجمل ١٦٣/٣ وجاء فيه تفسيراً لعدم جواز الإعتاق على مال لأنه بيع، ولا عن كفارة الغير لأنه هبة ضمنية، كما، لو قال: أعتق عبدك عنى ولم يذكر عوضاً فأجابته، حاشية قليوبي ٢٦٤/٢.

(٤) سواء كان للبائع حق الحبس أم لا، لقوته وضعف حق الحبس، وهذا هو الوجه الثالث والأصح كما ذكر الرافعى والنووى وغيرهما، وبه جزم الشيخ زكريا الأنصارى وغيره. وذلك لتشوف الشارع إلى العتق، ولعدم توقفه على القدرة، بدليل صحة إعتاق الأبق، ويكون به المشتري قابضاً. انظر: فتح العزيز ٢٩٥/٤، روضة الطالبين ٥٠٦/٣، المجموع ٣١٩/٩، مغنى المحتاج ٤٦٢/٢، نهاية المحتاج ٨٦/٤، شرح منهج الطلاب ١٦٣/٣ ط: دار الفكر، أسنى المطالب ٨٣/٢، غاية البيان ص ٢٧٦، شرح جلال الدين المحلى ٢٦٤/٢. مع العلم بأن الإمام الرافعى قيد هذا الوجه بما إذا لم يكن للبائع حق الحبس، أما إن ثبت له حق الحبس فعلى الخلاف السابق ذكره في الوجه الثانى.

ومما هو جدير بالذكر أن الإمام ابن المنذر نقل الإجماع على أن المشتري لو أعتق الجارية قبل القبض أن العتق واقع.

قال: "وأجمعوا على أن السلعة لو كانت جارية، فأعتقها المشتري قبل قبضها أن العتق واقع عليها".

وقال أيضاً: "وأجمعوا على أن الرجل إذا أعتق عبده الأبق أن العتق يقع عليه" الإجماع لابن المنذر ص ٩٤، ١٠٤.

(٥) الحجر فى اللغة: المنع والحظر والتضييق. انظر: المصباح المنير ص ٤٧، المعجم الوجيز ص ١٣٥.

والحجر اصطلاحاً: المنع من التصرفات المالية. غاية البيان ص ٢٩١، مغنى المحتاج ١٣٠/٣.

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "فالعتق".

(٧) ما بين القوسين فى ب "ولا".

(٨) ما بين القوسين فى ب "ما".

(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "وقلنا".

(١٠) انظر: فتح العزيز ٢٩٥/٤، أسنى المطالب ٨٣/٢، مغنى المحتاج ٤٦٢/٢، إخلاص الناوى ٩٤/٢.

الثالثة^(١): إذا وقف المبيع قبل القبض (فإن قلنا): ^(٢) الوقف يحتاج فيه إلى القبول فهو (كالبيع، وإن قلنا لا يحتاج فهو) ^(٣) كالعتق سواء ^(٤).

(١) أى المسألة الثالثة.

(٢) ما بين القوسين فى ب "وقلنا".

(٣) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٤) وتحقيق ذلك كالآتى: الوقف على معين هل يشترط فيه القبول أم لا؟ فيه وجهان. أحدهما:

وهو الأصح، أن الوقف على معين يشترط قبوله متصلاً بالإيجاب إن كان من أهل القبول، وإلا فقبول وليه كالهبة والوصية، لأنه تملك. وبهذا الوجه قال الفوارانى، وعبر عنه النووى فى منهاج الطالبين بالأصح، كالرافعى وصححه الإمام وأتباعه.

والثانى: وهو مقابل الأصح لا يشترط القبول، واستحقاقه المنفعة كاستحقاق العتق منفعة نفسه بالإعتاق. وبهذا الوجه قطع الماوردى، واختاره الشيخ أبو حامد وابن الصلاح، والنووى فى باب المرفقة فى الروضة، وقال السبكي: "وهذا ظاهر نصوص الشافعى".

وعليه ابن الصلاح بأن الملك فيه يزول إلى الله تعالى كالعتق، يعنى ينفك عن اختصاص الأدميين. قال الخطيب الشربيني "وبالجملة فالأول هو المعتد، وإلحاق الوقف بالعتق ممنوع..." مغنى المحتاج ٥٣٤/٣. وانظر أيضاً: أسنى المطالب ٤٦٣/٢.

وبناء على ذلك: فإن قلنا: الوقف يحتاج إلى قبول فهو كالبيع فلا ينفذ قبل القبض.

وإن قلنا: لا يحتاج إلى قبول فهو كالإعتاق. وقد مر حكم الإعتاق قبل القبض فى المسألة السابقة، فلا داعى للتكرار. والأصح أن العتق ينفذ قبل القبض فكذا الوقف. واختار النووى فى المجموع أن الأصح أن الوقف كالإعتاق فلا يفتقر إلى قبول مع أنه ذكر فى منهاج الطالبين فى بابا الوقف أن الأصح أن الوقف كالبيع يشترط فيه القبول. كما ذكره سابقاً.

وقول النووى فى المجموع به قطع الماوردى وقال "ويصير قابضاً حتى ولو لم يرفع البائع يده عنه صار مضموناً عليه بالقيمة. وهكذا لو كان طعاماً اشتراه جزافاً وأباحه للمساكين". انظر: فتح العزيز ٢٩٥/٤، روضة الطالبين ٥٠٦/٣، المجموع ٣١٩/٩، أسنى المطالب ٨٣/٢، مغنى المحتاج ٤٦٣/٢، نهاية المحتاج ٨٦/٤.

هذا ومحل الخلاف السابق إذا كان الوقف على معين. أما إذا كان الوقف على جهة عامة أو مسجد أو نحوه فلا يحتاج إلى قبول، فيلزم نفوذه. انظر: أسنى المطالب ٤٦٣/٢.

هذا، وليعلم أن الإمام الرافعى حكى فى كتاب الرهن فى مسألة وقف المرهون مثل التفصيل السابق. فقال فيه ثلاثة طرق. أحدها: أنه كالعتق. والثانى: وهو الأظهر، القطع بالمنع، ويفارق العتق لقوة العتق بالسراية وغيرها. والثالث: وهو منقول عن الإمام المتولى، إن قلنا: الوقف لا يحتاج إلى قبول فهو كالعتق، وإن قلنا: يحتاج إليه فقطع بالمنع. انظر: فتح العزيز ٤٨٨/٤.

وبناء على أن الرافعى صحح القطع بأن وقف المرهون يبطل مطلقاً ولا يلتحق بالعتق، فيحتمل أن يكون رأيه هنا كذلك، وما أطلقه هنا محمول على ذلك. حيث يقول هنا: "ولو وقف المبيع قبل القبض، ففي التهمة أنه يبنى على أن الوقف هل يفتقر إلى القبول؟ إن قلنا: نعم، فهو كالبيع، وإن قلنا: بالثانى، فهو كالإعتاق، وبهذا أجاب صاحب الحاوى..."

فتح العزيز ٢٩٥/٤.

الرابعة^(١): كتابة^(٢) العبد المشتري قبل القبض هل تجوز أم لا ؟ فيه وجهان. أحدهما: لا تجوز. (لأن)^(٣) الكتابة غير مبنية على التغليب والسراية، ويقتضى تنفيذه قطع (حق)^(٤) البائع عن (العتق)^(٥)، لأن العبد بالكتابة يخرج عن يد مولاه^(٦)، فكيف يبقى للبائع عليه يد^(٧)؟

والثاني: يجوز. لأن التسليم ليس يمتنع من حيث إن البائع ليس له أن يمنع العبد (المبيع من)^(٨) الاكتساب، وهو مسلط على نفسه، فليس (يتعذر)^(٩) التسليم، (ولهذا)^(١٠) صح كتابة العبد المغصوب^(١١).

(١) أى المسألة الرابعة.

(٢) الكتابة فى اللغة: مأخوذة من كاتب العبد مكاتبه وكتابه، وهى أن يكتب الرجل عبده أو أمته على مال منجم، أى مقسط، ويكتب العبد عليه أن يعتق إذا أدى النجوم، فالعبد مكاتب بالفتح اسم مفعول، وبالكسر اسم فاعل لأنه كاتب سيده. وحينئذ فكل واحد فاعل ومفعول من حيث المعنى. انظر: المصباح المنير ص ٢٠٠، مختار الصحاح ص ٢٣٥، المعجم الوجيز ص ٥٢٦.

والكتابة اصطلاحاً: عقد عتق بلفظها بعوض منجم بنجمين فأكثر. ولفظها إسلامى لا يعرف فى الجاهلية. مغنى المحتاج ٤٨٣/٦، غايه البيان ص ٤٩١.

(٣) ما بين القوسين فى ب لا يقرأ.

(٤) ما بين القوسين سقط من ب.

(٥) ما بين القوسين من ب وفى الأصل "الغير".

(٦) فلا يصح بيع رقبة المكاتب كتابة صحيحة فى الجديد، لأن البيع لا يرفع الكتابة، للزومها من جهة السيد، فيبقى مستحق العتق، فلم يصح بيعه، والقديم يصح بيع المكاتب. ومحل هذا إذا لم يرض المكاتب بالبيع، فإذا رضى جاز وكان رضاه فسخاً. انظر: مغنى المحتاج ٤٩٩/٦.

(٧) وهذا الوجه به قطع الإمام العمرانى صاحب البيان، والشيوخ زكريا الأنصارى وغيرهما، وعبر عنه الرافعى والنووى بالأصح. انظر: فتح العزيز ٢٩٥/٤، روضة الطالبين ٥٠٧/٣، المجموع ٣١٩/٩، أسنى المطالب ٨٢/٢، الغرر البهية ١٥/٣، مغنى المحتاج ٤٦٢/٢، شرح منهج الطلاب ١٦١/٣، نهاية المحتاج ٨٥/٤، الحاوى ٢٢٣/٥ وفيه أن المسألة على قولين.

قال النووى: "وفى الكتابة وجهان. أحدهما وبه قطع صاحب البيان وغيره لا يصح، لأنها تقتضى تخليته للتصرف، ولأنه ليس لها قوة العتق وسرايته". المجموع ٣١٩/٩.

(٨) ما بين القوسين من ب وفى الأصل "المعيب عن".

(٩) ما بين القوسين من ب وفى الأصل "يعذر".

(١٠) ما بين القوسين فى ب "فهذا".

(١١) انظر: الحاوى ٢٢٣/٥ وجاء فيه: "والثانى: صحيحة، لأن المقلب فيها العتق"، مغنى المحتاج ٤٦٢/٢، نهاية المحتاج ٨٦/٤ وفيهما أن علة الجواز هى توالى الضمانين.

الخامسة^(١): إجارة المبيع قبل القبض هل تجوز أم لا؟ من أصحابنا من بينه على أن المعقود عليه (في الإجارة العين أو المنفعة وسنذكره^(٢)) فإن قلنا^(٣): المعقود عليه^(٤) العين (فلا)^(٥) يجوز كما لا يجوز البيع^(٦). وإن قلنا: المعقود عليه المنفعة فيجوز، لأن حق البائع غير متعلق بالمنافع^(٧) والصحيح^(٨) أنه لا يجوز، لأننا وإن قلنا: المعقود عليه (المنافع)^(٩) (*)^(١٠) فالإجارة (تقتضى)^(١١) تسليم العين، ولا قدرة له على التسليم.

(١) أي المسألة الخامسة.

(٢) اعلم أن مقصود الإجارة المنافع، وهي مورد العقد على الأصح، إذ لو كان موردها العين لامتنع رهن العين المستأجرة والمرهونة. وقيل - وهو ضعيف: موردها العين ليستوفي منها المنفعة، لأن المنافع معدومة.

قال الرافعي والنووي: والخلاف لفظي. لأن من قال بالأول لا يقطع النظر عن العين بالكلية، ومن قال بالثاني لا يعني به أن العين تملك بالإجارة كما تملك بالبيع. ونازع في ذلك بعضهم كابن الرفعة وقال: إن لهذا الخلاف فوائد. منها: أن حلي الذهب لا تجوز إجارته بالذهب، وحلي الفضة لا تجوز إجارته بالفضة، ولا يظهر له وجه إلا على التخريج بأن المؤجر العين. وقال غيره: تظهر فائدة الخلاف في إجارة المستأجر قبل قبضه. إن قلنا: مورد العقد المنفعة صححت الإجارة، وإن قلنا: مورد العقد العين فسدت الإجارة. وهذا ما أورده المصنف هنا في هذه المسألة. انظر: شرح منهج الطلاب مع حاشية الجمل عليه ٥٣٣/٣، مغني المحتاج ٤٤١/٣ - ٤٤٢.

(٣) وهذا هو الطريق الأول في المسألة.

(٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٥) ما بين القوسين في ب "ولا".

(٦) وهذا هو الوجه الأول من هذا الطريق، وهو الأصح عند الأكثرين، وبه جزم الماوردي وغيره، وذلك لضعف الملك، ولأن التسليم مستحق فيها كما في البيع.

(٧) لأن مورد عقد الإجارة غير مورد عقد البيع، فلا يتوالى ضمانا عقدين من جنس واحد.

وهذا هو الوجه الثاني من الطريق الأول. وهو الأصح عند الغزالي كما قال الرافعي.

انظر: فتح العزيز ٢٩٦/٤، روضة الطالبين ٥٠٦/٣، المجموع ٣٢١/٩، الحاوي

٢٢٣/٥، أسنى المطالب ٨٢/٢، الغرر البهية ١٥/٣، شرح منهج الطلاب مع حاشية

الجمل عليه ١٦١/٣، نهاية المحتاج ٨٥/٤ - ٨٦، إخلاص النواي ٩٣/٢، غاية البيان ص

٢٧٦، شرح جلال الدين المحلي ٢٦٤/٢، مغني المحتاج ٤٦٢/٢

مع العلم بأنه في مغني المحتاج ٤٤٢/٣ عكس المسألة فقال: "إن قلنا: مورد العقد

العين صححت الإجارة وإلا فسدت، لأن المنافع غير مقبوضة".

هذا، وقد حكى وجه ثالث في هذا الطريق، وهو - كما ذكره الرافعي والنووي - إن كان

للبيع حق الحبس لم يصح، وإلا صح. انظر: فتح العزيز ٢٩٦/٤، المجموع

٣٢٠/٩.

(٨) وهذا هو الطريق الثاني في المسألة، وهو القاطع ببطلان إجارة المبيع قبل قبضه، ولم

يحك هذا الطريق غير المصنف، ونقله عنه الإمام النووي في المجموع ٣٢٠/٩.

(٩) ما بين القوسين في ب "المنفعة".

(١٠) ما بين القوسين يوجد مكانه في ب "محور لأن حق البائع" والسياق بإثبات ذلك يكون

مختلا، لذا فالصحيح عدم الإثبات كما في الأصل.

(١١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل لا يقرأ.

السادسة^(١) : تزويج^(٢) الجارية المشتراة قبل القبض هل يجوز أم لا ؟ فيه وجهان . أحدهما : وهو الظاهر^(٣) جوازه ، لأن النكاح ليس يقتضي قدرة على التسليم ، ولهذا يصح تزويج المغصوبة والآبقة . والثاني : لا يصح ، لأن ملكه قبل القبض غير مستقر ، والضعف في الملك يمنع العقد^(٤) ، ولهذا لا يملك تزويج مكاتبته ، ولا يملك تزويج أم الولد على طريقة^(٥) .
(السابعة) : ^(٦)^(٧) إذا باع المبيع قبل القبض من البائع . فمن أصحابنا

(١) أي المسألة السادسة .

(٢) الزواج في اللغة : مأخوذ من زوج الأشياء تزويجا وزواجا : قرن بعضها ببعض ، فالزواج : اقتران الزوج بالزوجة ، أو الذكر بالأنثى ، ونكح المرأة نكاحا : تزوجها . انظر : مختار الصحاح ص ١١٧ ، المصباح المنير ص ٩٨ ، المعجم الوجيز ص ٢٩٥ ، ٦٣٣ .

والزواج أو النكاح اصطلاحا : عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو بترجمته . غاية البيان ص ٣٦٣ . وانظر أيضا : الروض المربع ص ٣٩٤ .

(٣) أي الأصح - كما عبر بذلك الأكثرون - وبه قطع الإمام العمراني صاحب البيان والشيخ زكريا الأنصاري وغيرهما . انظر : فتح العزيز ٢٩٦/٤ ، المجموع ٣٢٠/٩ ، روضة الطالبين ٥٠٦/٣ ، أسنى المطالب ٨٣/٢ ، شرح منهج الطلاب ١٦٢/٣ ، مغنى المحتاج ٤٣٦/٢ ، إخلاص النواي ٩٤/٢ .

(٤) انظر : فتح العزيز ٢٩٦/٤ ، المجموع ٣٢٠/٩ .

(٥) حتى وإن أننت ، لأنها ناقصة في نفسها ، وولاية السيد ناقصة ، فأشبهت الصغيرة لا يزوجه الأخ بإذنها ، وهذا هو الوجه الأول في مسألة تزويج أم الولد .
والثاني : لا يجوز تزويجها إلا إذا أننت كالمكاتبه .

والثالث : وهو الأصح ، أنه يجوز تزويجها بغير إذننها ، لبقاء ملكه عليها وعلى منافعتها . فيملك السيد وطأها واستخدامها وإجارتها وإعارتها ، فملك تزويجها كالمديرة . انظر : مغنى المحتاج ٥١٨/٦ : ٥٢٠ ، شرح جلال الدين المحلي ٣٧٦/٤ ، حاشية قليوبي ٣٧٦/٤ .

هذا وقد حكى الرافعي والنووي في مسألة تزويج الجارية المشتراة قبل القبض وجهها ثالثا وهو : إن كان للبائع حق الحبس فلا يصح التزويج ، لأنه نقص ، وإن لم يكن له حق الحبس فيصح التزويج . انظر : فتح العزيز ٢٩٦/٤ ، المجموع ٣٢٠/٩ ، روضة الطالبين ٥٠٦/٣ - ٥٠٧ .

وبناء على ما تقدم من الأوجه إذا صححنا التزويج فوطء الزوج لا يكون قبضا . انظر : المراجع السابقة .

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " السابع " والصحيح ما أثبت من ب .

(٧) أي المسألة السابعة .

من قال : إن باع منه (*)^(١) بجنس الثمن الأول وقدره وصفته فهو إقالة بانفـظ
البيع^(٢)

(١) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل "بغير" وهو خطأ واضح ، لذا فالصحيح عدم إثباتها كما في ب ، ولموافقة عدم الإثبات ما جاء في أمهات الكتب . انظر : فتح العزيز ٢٩٦/٤ ، روضة الطالبين ٥٠٧/٣ .

(٢) ومحل كون العقد إقالة - كما ذكر الصنف - إذا باع المشتري المبيع للبائع قبل قبضه بجنس الثمن الأول وقدره وصفته . وقد نقل الرافعي والنووي ذلك عن المصنف وأقره ، فيصح ، وإن لم يجزم به ، وقيل : لا يصح أن يكون العقد إقالة وإن باعه بجنس الثمن الأول وقدره وصفته ، وذلك بناء على أن العبرة في العقود اللفظ ، وصححه البغوي وقال : إنه بيع ، فلا يصح على ظاهر المذهب .

هكذا ذكرهما القاضي حسين وبناهما على أن العبرة في العقود باللفظ أو بالمعنى . والأصحاب تارة يعتبرون اللفظ وهو الأكثر ، كما لو قال : بعثك هذا بلا ثمن ، لا ينعقد بيعاً ولا هبة على الصحيح . وتارة يعتبرون المعنى ، كما لو قال : وهبتك هذا الثوب بكذا ، ينعقد بيعاً على الصحيح .

فلم يطلقوا القول باعتبار اللفظ ، بل يختلف الجواب بقوة المدرك ، وهو المعول عليه . وتارة لا يراعون اللفظ ولا المعنى فيما إذا قال : أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد ، فإن الصحيح أنه لا ينعقد بيعاً ولا سلماً . انظر : فتح العزيز ٢٩٦/٤ - ٢٩٧ ، روضة الطالبين ٥٠٧/٣ ، المجموع ٣٢٢/٩ ، أسنى المطالب ٨٢/٢ ، مغنى المحتاج ٤٦١/٢ - ٤٦٢ ، الغرر البهية ١٥/٣ ، نهاية المحتاج ٨٥/٤ .

فإن قيل : إن الرافعي والنووي قد ذكرا في باب الرد بالعيب أن باع المعيب إذا اشتراه من مشتريه بمثل الثمن الأول وهما جاهلان بالعيب ، ثم علم به البائع الأول وأراد رده ، فقيل لا يرد إذ لا فائدة في رده ، لأنه يرد عليه ، والأصح : أن له الرد لأنه ربما رضي به . فلم يجعل ذلك إقالة ، لأنهما جوزا له الرد بالعيب .

فالجواب : أن ما هناك اشتراه بعد القبض بمثل الثمن فيكون بيعاً إذ لا ضرورة في تصحيحه إلى جعله إقالة ، وما هنا قبل القبض بعينه .

فإن قيل : ظاهر كلامهما يقتضي أن الإقالة تصح بمثل الثمن والمعروف بعينه .

قلنا : يحمل كلامهما على ما إذا كان في الذمة أو كان قد تلف .

انظر : الغرر البهية ١٥/٣ ، حاشية الشيخ الشربيني وحاشية ابن قاسم العبادي على الغرر البهية ١٥/٣ ، أسنى المطالب ٨٢/٢ - ٨٣ ، نهاية المحتاج ٨٥/٤ ، حاشية المغربي الرشيدى على نهاية المحتاج ٨٥/٤ - ٨٦ ، حاشية الجمل ١٦٢/٣ ، إخلاص النواى ٩٤/٢ .

هذا ، ومحل الخلاف السابق في اعتبار العقد إقالة إذا قلنا : بأن العبرة في العقود الألفاظ ، وأما إذا قلنا : بأن العبرة في العقود المعاني كان إقالة ، وحينئذ فيصح جزماً . انظر : المراجع السابقة . نفس الموضوع .

ومنهم من قال^(١) : البيع (منه)^(٢) جائز ، لأن المنع من البيع (لحقه)^(٣) ، أو للعجز عن التسليم (وأيهما)^(٤) كان ففي حقه معدوم . أما حقه فلا يمنع البيع منه ، كما أن بيع المرهون من المرتهن جائز . وأما (التسليم)^(٥) فالشيء مسلم منه ، فصار كبيع المغصوب من الغاصب ، (وبيع)^(٦) الأبق (ممن)^(٧) يعرف مكانه .

الثامنة^(٨) : إذا رهن المبيع قبل القبض (من إنسان)^(٩) أو وهبه (فهل)^(١٠) ينعقد العقد أم لا ؟ فيه وجهان^(١١) .

أحدهما : ينعقد ، لأنهما عقدان لا يقتضيان استحقاق التسليم ، لأن تمامهما بالقبض ، فلا يمتنع انعقادهما (بسبب عدمه)^(١٢) .

(١) وتقدير الكلام لهذا القول قبل الشروع فيه أن يقال : أما إذا باع المشتري المبيع للبائع قبل قبضه بغير جنس الثمن ، أو بزيادة أو نقصان أو تفاوت صفة ، ففيه وجهان .

أحدهما : وهو الذي ذكره المصنف - وهو وجه ضعيف شاذ - كما قال النووي - أنه يجوز ، لما ذكره المصنف ، وأيضا لعدم توالي الضمان ، فإنه لا يتوالى إذا كان المشتري هو البائع ، لأنه لا يصير في الحال مقبوضا له أو بعد لحظة ، بخلاف الأجنبي . والمذهب وبه قطع العراقيون والأكثرون من الخراسانيين أنه لا يصح بيعه للبائع ولو كان بغير جنس الثمن وقدره وصفته ، لعدم الأخبار ، ولضعف الملك .

انظر : فتح العزيز ٢٩٦/٤ ، روضة الطالبين ٥٠٧/٣ ، المجموع ٣٢٢٢-٣٢٢١/٩ أسنى المطالب ٨٣/٢ ، مغني المحتاج ٤٦٣/٢-٤٦٤ ، الغرر البهية ١٥/٣ ، نهاية المحتاج ٨٥/٤ ، إ خلاص النواي ٩٤/٢ ، غاية البيان ص ٢٧٦ .

مع العلم بأن الرافعي في فتح العزيز والنووي في الروضة قد ذكر أن بيع المشتري للمبيع للبائع بغير جنس الثمن وقدره وصفته على وجهين . الأصح : لا يجوز . ومقابله : وهو صحيح أيضا يجوز .

وليس كذلك . فكان الأولى أن يعبر عن الأصح بالمذهب حتى يقابله الوجه الضعيف - كما ذكرت سابقا . ويشهد لذلك ما في المجموع . قال الخطيب الشربيني : " وكان الأولى للمصنف - أي النووي - أن يعبر بالمذهب ففي شرح المذهب أن مقابله شاذ ضعيف ، والأكثرون على القطع بالبطلان " . مغني المحتاج ٤٦٢/٢ ، وانظر أيضا المجموع ٣٢٢١/٩-٣٢٢٢ .

(٢) ما بين القوسين سقط ب .

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "بحقه" .

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "وأيا" .

(٥) ما بين القوسين في ب لا يقرأ .

(٦) ما بين القوسين سقط من ب .

(٧) ما بين القوسين سقط من ب .

(٨) أي المسألة الثامنة .

(٩) ما بين القوسين سقط من ب .

(١٠) ما بين القوسين في ب "هل" .

(١١) وقيل : قولان . انظر : روضة الطالبين ٥٠٦/٣ .

(١٢) وهذا الوجه به جزم للمعزدي في النهاية ، وقال : في الرهن قولان إن كان المشتري قد

دفع جميع الثمن ، وإن كان ثمنه باقيا أو بعضه كان رهنه باطلا بالقطع . لأنه مرهون

على ثمنه . انظر الحاوي ٢٢٣/٥ ، فتح العزيز ٢٩٥/٤ .

والثاني : لا يصح العقد^(١) ، لأن ملكه قبل^(٢) القبض ليس مستقراً ، والنقصان في الملك يمنع الرهن والهبة ، ولهذا لا يصح هبة المكاتب ورهنه .
 فرعان . أحدهما : لو رهن المبيع قبل القبض من البائع بالثمن^(٣) (فإن)^(٤) قلنا : للبائع حبس لاستيفاء الثمن ، وكان الثمن حالاً فلا فائدة في الرهن ، لأنه محبوس بالدين ، وفقد الرهن الحبس . بل حبس المبيع أقوى ، لأنه يمنع (الانتفاع)^(٥) ، وحبس الرهن لا يمنع . فأما إذا كان الثمن مؤجلاً أو كان حالاً

(١) وهو الأصح عند الجمهور من الأصحاب ، وبه قطع كثيرون .

انظر : فتح العزيز ٢٩٥/٤ ، روضة الطالبين ٥٠٦/٣ ، المجموع ٣١٩/٩ : نفي المطالب ٨٢/٢ ، الغرر البهية ١٥/٣ ، مغني المحتاج ٤٦٢/٢ ، نهاية المحتاج ٨٥/٤-٨٦ ، غلية البيان ص ٢٧٦ .

وعلى القول بأنه يصح رهن وهبة المبيع قبل قبضه ، فنفس العقد ليس بقبض ، بل يقبضه المشتري من البائع ، ثم يسلمه للمتهب والمرتهن .
 فلو أذن المشتري للمتهب والمرتهن في قبضه . قال البغوي : يكفي ويتم به بيع ، والرهن للهبة بعده .

وقال المارودي : لا يكفي ذلك للبيع وما بعده ، ولكن ينظر ، إن قصد قبضه للمشتري صح قبض البيع ، ولا بد من استئناف قبض للهبة ، ولا يجوز أن يتخذ له في قبضه من نفسه لنفسه ، وإن قصد قبضه لنفسه لم يحصل القبض للبيع ولا للهبة . لأن قبضها يجب أن يتأخر عن تمام البيع ، والبائع ضامن لها بالثمن ، حتى لو تلف بطل البيع لعدم القبض فيه ، والمشتري الواهب ضامن لها بالقيمة حتى إن تلفت غرمها للبائع ، لأنها مقبوضة عن أجره بوجه معاوضة .

وهل يكون الموهوب له ضامناً بالقبض أم لا ؟ على وجهين . أحدهما : لا ضمان عليه ، لأنه ليس معاوضة . والثاني : عليه الضمان ، لأن يده دخلت من جهة الواهب ، فإن كان الموهوب له قبضها للواهب المشتري صح القبض في البيع ، ويرى للبائع من الضمان ، وضمنها المشتري بالثمن ، ولا ضمان على الموهوب له بالقبض ، لأنه وكيل للواهب فيه . انظر : الحاوي ٢٢٣/٥-٢٢٤ ، فتح العزيز ٢٩٥/٤ ، المجموع ٣١٩/٩ ، روضة الطالبين ٥٠٦/٣ .

(٢) ما بين القومين من ب وقد سقط من الأصل

(٣) اعلم أن الخلاف السابق في رهن المبيع إنما كان من أجنبي عن العقد ، أما رهنه من البائع بالثمن ففيه تفصيل آخر - وهو ما ذكره الصنف وتبعه في تلك المبكى وغيره .

(٤) ما بين القومين في ب " إن " .

(٥) ما بين القومين في ب " الانتعاق "

وقلنا: ليس للبائع الحبس فيكون على وجهين كما ذكرنا. (١)
 الثاني (٢): إذا وهب المبيع قبل القبض من البائع. إن قلنا: البيع منه جائز (٣)
 فالهبة جائزة ، ويكون حكمها حكم من وهب مالا من إنسان وهو في يده
 وإن قلنا: البيع لا ينعقد (٤) فالهبة (علي وجهين كما ذكرنا) (٥) (في) (٦) (هبة) (٧)
 الأجانب.

(١) الوجه الأول : وهو الأصح - كما قاله السبكي - أنه يصح. والثاني: لا يصح.
 قال الشيخ زكريا الأنصاري : " ومحل المنع في الرهن إذا رهن من غير البائع ، وكذا
 منه إن كان بالثمن وكان له حق الحبس ، وإلا جاز على الأصح المنصوص ، قاله السبكي
 وغيره " الغرر البهية ١٥/٣ ، أسنى المطالب ٨٢/٢ ، شرح منهج الطلاب ١٦٢/٣ .
 ولم يرتض هذا الخطيب الشربيني والرملي الأنصاري وغيرهما .

قال الخطيب الشربيني : " لا فرق في بطلان الرهن من البائع بين أن يكون رهن ذلك
 بالثمن أو بغيره ، ولا بين أن يكون له حق الحبس أم لا ، كما هو ظاهر كلام الأصحاب وإن
 قيده السبكي بما إذا رهن ذلك بالثمن وكان له حق الحبس " مغنى المحتاج ٤٦٢/٢ ،
 وانظر أيضا : نهاية المحتاج ٨٦/٤ .

وأياضا فإن الشيخ عبد الرحمن الشربيني تعقب تصحيح السبكي بأنه ضعيف ، والمعتمد
 أنه باطل ولو مع البائع الذي ليس له حق الحبس . وقال : " وليس المراد بالمنصوص
 عليه قول الشافعي بل هو بحث للأذري " . حاشية الشربيني على الغرر البهية ١٥/٣ ،
 وانظر أيضا : حاشية الجمل ١٦٢/٣ .

وبعد هذا أقول : إن ما أورد على المصنف ومن تبعه فيه تجاوز ، فإن الإمام الرافعي
 والنووي قد فرقا بين رهن المبيع من البائع إن كان بالثمن ، أو كان بغير الثمن ، فمجرد
 التفرقة تدل لصحة ما ذهب إليه المصنف ومن تبعه ، بقطع النظر عن كون ما قاله
 السبكي صحيحا كان أو ضعيفا ، معتمدا أو غير معتمد . بل إن ما قاله النووي يؤكد ما
 قاله المصنف . جاء في المجموع ٣٢٢/٩ " فإن رهنه به - أي بالثمن - صح إن كان
 بعد قبضه ، فإن كان قبله فلا إن كان الثمن حالا ، لأن الحبس ثابت له ، وإن كان مؤجلا
 فهو كرهنه بدين آخر قبل القبض " . فبناء على هذا يكون ما قاله السبكي واعتمده
 الشيخ زكريا الأنصاري هو الأقرب والأوجه .

أما رهنه من البائع بغير الثمن ففيه طريقان . الطريق الأول : القطع بالمنع ، لأنه يجوز
 أن يكون نائبا عن المشتري في القبض . والطريق الثاني : وهو أصح الطريقين ، أنه
 على الخلاف كغيره . الأصح : أنه لا يجوز ، ومقابله : الجواز . فإن جوزناه فأنزله في
 القبض ، فقبض ، ثبت الرهن ، ولا يزول ضمان البائع ، بل إن تلف انفسخ البيع .

انظر : فتح العزيز ٢٩٧/٤ ، روضة الطالبين ٥٠٧/٣ ، المجموع ٣٢٢/٩ .

(٢) أي الفرع الثاني في هذه المسألة .

(٣) وذلك على الوجه الشاذ الضعيف . فإن قلنا : بهذا الوجه فالهبة من البائع جائزة ، قياسا على
 من وهب مالا من إنسان وهو في يده .

(٤) وهو المذهب - وبه قطع الأكثرون - ففي الهبة منه طريقان .

الطريق الأول :- وهو ما ذكره المصنف - وهو الطريق الأصح . أنه علي وجهين أو
 قولين ، كما في هبة الأجانب الأول : أنه لا يجوز ، وهو الأصح ، وبه قطع كثيرون .

الثاني : أنه يجوز ، وبه جزم الماوردي . وإذا قلنا : بالقول الثاني وجوزنا الهبة منه ، فأنزله
 له بالقبض فقبض فقد ملك الهبة .

والطريق الثاني : القطع بالمنع ، لأنه يجوز أن يكون نائبا عن المشتري في القبض .
 انظر : فتح العزيز ٢٩٧/٤ ، الحاوي ٢٢٣/٥ ، المجموع ٣٢٢/٩ ، روضة الطالبين
 ٥٠٧/٣ .

(٥) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " من "

(٧) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

التاسعة: (١) إذا اشترى عبدا بثوب وقبض العبد ولم يسلم الثوب جاز له التصرف في العبد وإن كان عوضه غير مقبوض، لأن الضمان فيه قد انتقل إليه (٢)، ولهذا لو هلك لا يفسخ العقد (٣).

فرعان . أحدهما : لو باع العبد من إنسان قتلث الثوب قبل القبض يبطل البيع الأول (لفوات) (٤) أحد عوضيه قبل القبض، ولكن البيع (الثاني) (٥) هل يفسخ أم لا؟ (٦) يبنى على أن هلاك المبيع يرفع العقد من أصله أو من حينه . فإن قلنا : يرفع من الأصل بطل العقد الثاني . وإن قلنا : يرفعه من حينه فلا يبطل (لأن) (٧) العقد سابق على الفسخ .

الثاني (٨) : إذا قلنا : العقد الثاني لا (يفسخ) (٩) وهو الصحيح . فعليه أن يرد قيمته (١٠)، كما لو اشترى شقصا (بعبد) (١١) وقبض الشقص ولم يسلم العبد (فيأخذ) (١٢) (الشفع) (١٣) الشقص، (ثم) (١٤) تلف العبد فالمشتري يضمن قيمة

(١) أي المسألة التاسعة .

(٢) لأنه قد قبضه ، ولا يجوز للأخر أن يبيع ما قد ابتاعه لأنه لم يقبضه .

انظر : الحاوي ٢٢٤/٥ ، فتح العزيز ٢٩٧/٤ ، المجموع ٣٢٦-٣٢٥/٩ .

(٣) وهذه المسألة نقلها الأصحاب عن ابن سريج . انظر : روضة الطالبين ٥٠٧/٣ .

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " كنوت "

(٥) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل

(٦) قطع جميع الأصحاب عدا المصنف بأن البيع الثاني لا يفسخ لتعلق حق المشتري الثاني به، ولكن يجب على البائع الثاني قيمة الذي باعه ثانياً ، لأنه تعذر رده فوجب قيمته . ولا فرق بين أن يكون تلف الثوب بعد تسليم العبد أو قبله ، لخروجه عن ملكه بالبيع .

انظر : الحاوي ٢٢٤/٥ - ٢٢٥ ، فتح العزيز ٢٩٧/٤ ، المجموع ٣٢٦/٩ ، أسنى المطالب ٨٣/٢ . أما المصنف فقد بني المسألة على أن الفسخ هل يرفع العقد من أصله أو من حينه ؟ إن قلنا : الفسخ لا يرفع العقد من أصله بل من حينه وهو الأصح ، فلا يبطل البيع الثاني كما قطع بذلك الأصحاب ، وقال عنه المصنف إنه الصحيح . وإن قلنا : الفسخ يرفع العقد من أصله فالبيع الثاني باطل . وذلك لأن العقد سابق على الفسخ . هكذا ذكر المصنف ونقله عنه النووي في المجموع وقال : " هكذا قطع الأصحاب ... إلا المتولي فقال في بطلان العقد الثاني وجهان . أحدهما : لا يبطل ، كما قطع به الجمهور ... "

أما لو تلف الثوب والعبد في يده وجب عليه فيما ابتاعه غرم قيمة الأول ورد ثمنه على الثاني، لبطلان البيعين فيه . انظر : فتح العزيز ٢٩٧/٤ ، روضة الطالبين ٥٠٨/٣ ، الحاوي ٢٢٥/٥ ، أسنى المطالب ٨٣/٢ .

(٧) ما بين القوسين سقط من ب .

(٨) أي الفرع الثاني .

(٩) ما بين القوسين سقط من ب

(١٠) لأنه تعذر رده ، فوجب قيمته . انظر المراجع السابقة .

(١١) ما بين القوسين في ب " بعد " .

(١٢) ما بين القوسين في ب " واحد " .

(١٣) ما بين القوسين سقط من ب

(١٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " و " .

(الشقص لبائعه، ويجب على الشفيع للمشتري قيمة)^(١) العبد.
 العاشرة:^(٢) إذا اشترى شيئا بثمن في الذمة^(٣) وقبض المبيع ولم يسلم الثمن فله
 أن يتصرف في المبيع على الإطلاق كيف شاء.
 فلو أراد أن يبيعه من البائع فالبيع صحيح ، سواء باعه بجنس الثمن الأول أو
 بغير جنسه بأقل من ذلك الثمن أو بأكثر منه^(٤)
 وقال أبو حنيفة: له أن يبيع من غير البائع كيف شاء. فأما إذا أراد أن يبيع من
 البائع قبل أن ينقد الثمن الأول فإن باع (بمثل الثمن)^(٥) الأول أو بأكثر جاز
 العقد ، وإن باع منه (بعرض)^(٦) صح العقد، سواء كان تزيد قيمته عن الثمن
 الأول، أو (كان)^(٧) تنقص منه، فأما إن باع منه بجنس الثمن الأول نقداً بأقل

(١) ما بين القوسين غير موجود بالنسختين ، وقد زيد كما بالصلب حتى يستقيم السياق . وهذه
 الزيادة مأخوذة من كلام النووي رضي الله عنه ، ونصه كلامه كالآتي: " فإن اشترى من
 رجل شقصا من دار بعبد وقبض المشتري الشقص فأخذ الشفيع بالشفعة ، ثم تلف العبد
 في يد المشتري قبل أن يقبضه بائع الشقص ، انفسخ البيع في العبد ، ولم يبطل الأخذ
 بالشفعة ، فلا يؤخذ الشقص من يد الشفيع بل يلزم المشتري قيمة الشقص لبائعه ، ويجب
 على الشفيع للمشتري قيمة العبد لأن العقد وقع به " . المجموع ٢٢٦/٩ . فعلم من هذا
 النص أن ما ذكر في سياق المصنف قبل تصحيحه بما زيد فيه من أن المشتري يضمن قيمة
 العبد غير صحيح ، فلعله كان سقطا في العبارة حتى لا ينسب الخطأ إلى المصنف ، وإلا
 اعترض عليه من قبل محققي المذهب كالإمام النووي كما يفعل في غير هذا الموضع ،
 وهذا السقط هو ما أثبت بالصلب .

ويحتمل أن العبارة لا سقط فيها ، وإنما لو همت ذلك فقط بناء على أن معناها : " ويضمن
 المشتري قيمة العبد الذي كان في مقابلة الشقص ليدفعه إلى بائع الشقص ، والشفيع بدوره
 يجب عليه قيمة العبد للمشتري " وحينئذ يستقيم السياق .

(٢) أي المسألة العاشرة .

(٣) الذمة في اللغة : تطلق على العهد والأمان والضمان ، كما تطلق على الحق والحرمة .
 انظر المصباح المنير ص ٨٠ ، المعجم الوجيز ص ٢٤٦ .
 والذمة اصطلاحاً : منهم من جعلها وصفاً فعرفها بأنها : وصف يصير الشخص به
 أهلاً للإيجاب له وعليه .

ومنهم من جعلها ذاتاً فعرفها بأنها : نفس لها عهد ، فإن الإنسان يولد وله ذمة
 صالحة للوجوب له وعليه . التعريفات للجرحاني ص ١٤٣ ، أنيس الفقهاء ص ١٨٢ .
 (٤) انظر : المجموع ٣٢٥/٩ وجاء فيه " قال أصحابنا : لو اشترى شيئا بثمن في الذمة ،
 وقبض المبيع ، ولم يدفع الثمن ، فله بيع المبيع بلا خلاف ، سواء باعه للبائع أو
 لغيره " . وجاء في مختصر المزني ٩٤/٩ " قال الشافعي : ولا بأس بأن يبيع الرجل
 السلعة إلى أجل ويشتريها من المشتري بأقل بنقد وعرض وإلى أجل ... ثم قال :
 وإذا كانت هذه السلعة لي كسائر مالي لم لا أبيع ملكي بما شئت وشاء المشتري " .
 وانظر أيضاً : الأم ٤٧/٣ .

(٥) ما بين القوسين في ب " بثمن المثل " .

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " بعوض " .

(٧) ما بين القوسين سقط من ب .

من ذلك (الثلث) ^(١) فالعقد باطل ^(٢) وهذه المسألة (التي تعرف) ^(٣) بمسألة زيد بن أرقم ^(٤) ^(٥).

(١) ما بين القوسين سقط من ب .
(٢) انظر : شرح فتح القدير ٦٨/٦ - ٦٩ ، الكفاية على الهداية ٦٩/٦ ط : دار إحياء التراث العربي بيروت ، العناية على الهداية ٦٩/٦ ، مجمع الأنهر ٦٠/٢ ، بدائع الصنائع ٢٩٥/٥ وجاء فيه : " إذا باع رجل شيئاً نقداً أو نسيئة وقبضه المشتري ولم ينقد ثمنه أنه لا يجوز لبائعه أن يشتريه من مشتريه بأقل من ثمنه الذي باعه منه عندنا ... لأن في هذا البيع شبهة الربا ، لأن الثمن الثاني يصير قصاصاً بالثمن الأول ، فبقي من الثمن الأول زيادة لا يقابلها عوض في عقد المعاوضة وهو تفسير الربا ، إلا أن الزيادة تثبت بمجموع العقدين ، فكان الثابت بأحدهما شبهة الربا ، والشبهة في هذا الباب ملحقه بالحقيقة . بخلاف ما إذا نقد الثمن ، لأن المقاصة لا تتحقق بعد الثمن فلا تتمكن الشبهة بالعقد ، ... ولو اشترى ما باع بمثل ما باع قبل نقد الثمن جاز بالإجماع ، لانعدام الشبهة ، وكذا لو اشتراه بأكثر مما باع قبل نقد الثمن ، ولأن فساد العقد معول به عن القياس ، وإنما عرفناه بالأثر ، والأثر جاء في الشراء بأقل من الثمن الأول ، فبقي ما وراءه على أصل القياس . هذا إذا اشتراه بجنس الثمن الأول ، فإن اشتراه بخلاف الجنس جاز ، لأن الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس إلا في الدراهم والدنانير خاصة ... " أم .

ومع ما سبق نقله عن الحنفية فإن الإمام ابن عابدين في حاشيته على الدر المختار نقل عن أبي يوسف رحمه الله أن ذلك جائز . قال ابن عابدين " وعن أبي يوسف : العينة جائزة مأجور من عمل بها " حاشية رد المحتار على الدر المختار ٢٤٤/٤ ط : دار إحياء التراث العربي - بيروت . وكذا نقل ابن الهمام وغيره عن الإمام زفر أنه أجاز ذلك أيضاً . انظر : شرح فتح القدير والكفاية على الهداية ٦٩/٦ .

(٣) ما بين القوسين في ب " هي المسألة المعروفة " .
(٤) زيد بن أرقم : هو زيد بن أرقم بن قيس بن النعمان بن مالك الأنصاري ، صحابي جليل ، استصغر يوم أحد ، وأول مشاهده الخندق ، وقيل المريسيع ، غزا مع النبي صلى الله عليه وسلم سبع عشرة غزوة ، وله حديث كثير ورواية أيضاً عن علي ، وروي عنه عبد الرحمن بن أبي ليلى وطاووس ، وله قصة في نزول سورة المنافقين في الصحيح ، وشهد صفين مع علي ، ومات بالكوفة سنة ست وستين ، وقيل : سنة ثمان وستين . الإصاية ٢١/٣ ، تهذيب الأسماء واللغات ١٩٩/١ برقم (١٨٤) ، تهذيب التهذيب ٣٩٤/٣ برقم (٧٢٧) ط : دار صادر ، سير أعلام النبلاء ١٦٥/٣ وما بعدها برقم (٢٧) ط : مؤسسة الرسالة .

(٥) وذلك نسبة إلى الحديث الذي ورد فيه ذكر اسمه ، وأنه كان أحد أطراف العقد ، وأنه الذي جرى على يده مثل ما نحن بصدد . وذلك فيما يرويه البيهقي في السنن الكبرى ٣٣٠/٥ عن شعبة عن أبي إسحاق قال : " دخلت امرأتي على عائشة وأم ولد لزيد بن أرقم فقالت لها أم ولد زيد : إني بعثت من زيد عبداً بثمانمائة نسيئة ، واشتريته منه بستمائة نقداً . فقالت عائشة رضي الله عنها : أبلغني زيدا أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن تتوب ، بنسما شريت وبئس ما اشتريت . قال البيهقي : كذا جاء به شعبة عن طريق الإرسال وفي رواية له أيضاً ٣٣١/٥ أن امرأة زيد قالت لعائشة : أ رأيت إن لم آخذ إلا رأس مالي ؟ =

= قالت: " فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف " من الآية رقم ٢٧٥ من سورة البقرة . وانظر أيضا في تخريج الحديث: الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٥١/٢ رقم (٧٧٦)

وأيضا فإن هذه المسألة تعرف ببيع العينة .
والعينة في اللغة : السلف ، واعتان الرجل : اشترى الشيء بالشيء نسينة ، وبعته عينا بعين : أى حاضرا بحاضر . والاسم العينة : وهى أن يبيع الرجل متاعه إلى أجل ثم يشتريه في المجلس بثمن حال ليسلم به من الربا ، ولهذا قيل: البيع عينة ، لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عينا أى نقدا حاضرا . انظر : المصباح المنير ص ١٦٧ ، المعجم الوجيز ص ٤٤٤ .

والعينة في اصطلاح الفقهاء : هو أن يبيع الرجل من رجل سلعة بثمن معلوم إلى أجل غير مسمى ، ثم يشتريها منه بأقل من الثمن الذي باعها به . انظر : تكملة المجموع الأولى للسبكي ١٤٤/١٠ ، حاشية ابن عابدين ٢٤٤/٤ ، المغني ٢٦٠/٦ .
وتحقيق المسألة كالآتي :-

اختلف الفقهاء في بيع العينة السابق تفسيره على مذهبين .
المذهب الأول : أن بيع العينة جائز . وبه قال أكثر الشافعية وهو المعتمد عندهم ، وإليه ذهب أبو يوسف وزفر من الحنفية .

واستدلوا : أنه ثمن يجوز أن يبيعها به من غير بائعها ، فجاز من بائعها ، كما لو باعها بمثل ثمنها . ولأنه بيع استجمع شرائط جوازه وخلا عن الشروط المفسدة إياه ، فلا معنى للحكم بفساده ، كما إذا اشتراه بعد نقد الثمن . انظر المخطوط ورقة ٩/ب ، روضة الطالبين ٤١٦/٣ - ٤١٧ ، تكملة المجموع للسبكي ١٤١/١٠ ، مغني المحتاج ٣٩٦/٢ وفيه أنه جائز لكن مع الكراهة ، شرح فتح القدير ٦٩/٦ ، حاشية ابن عابدين ٢٤٤/٤ ، بدائع الصنائع ٢٩٥/٥ ، المغني ٢٦٠/٦ - ٢٦١ .

المذهب الثاني : أن بيع العينة فاسد لا يجوز . وهو قول أكثر أهل العلم . منهم الإمام الماوردي والروياتي من الشافعية ، وهو مذهب الحنفية عدا أبي يوسف وزفر ، وهو مذهب المالكية والحنابلة وبه قال ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والثوري والأوزاعي وغيرهم .

واستدلوا : بحديث زيد بن أرقم السابق ذكره .
ووجه الدلالة منه : أن عائشة رضى الله عنها ألحقت بزيد وعيدا لا يوقف عليه بالرأي وهو بطلان الطاعة بما سوى الردة ، والظاهر أنها قالت سمعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فجرى مجرى روايتها ذلك عنه .

واستدلوا أيضا بما رواه أبو دواد في سننه ٢٧٤/٣ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٣١٦/٥ والزيلعي في نصب الراية عن نافع عن ابن عمر قال : سمعت رسول صلى الله عليه وسلم يقول : " إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه منكم حتى ترجعوا إلى دينكم " قال ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية ١٥١/٢ " وإسناده ضعيف " .

ولأن ذلك ذريعة إلى الربا ، فإنه يدخل السلعة ليستبيع ببيع ألف بخمسائة إلى أجل معلوم . انظر في مذاهب العلماء وأدلتهم في المذهب الثاني : الحاوي ٣٣٨/٣ ، بحر المذهب للإمام الروياتي ٥٤/١١ وهو مخطوط بدار الكتب المصرية ، شرح فتح القدير ٧٠/٦ ، بدائع الصنائع ٢٩٥/٥ ، الكفاية ٩٦/٦ - ٧٠ ، الشرح الصغير ١٥٤/٤ ، المغني ٢٦١/٦ .

ودليلنا : أن كل قدر من الثمن لو باع به من غير البائع صحح ، فإذا باع به (من البائع صح العقد) ، (١) قياساً (٢) على قدر الثمن الأول (٣) .
 الحادية عشرة : (٤) إذا اشترى الطعام مكانة وقبض بغير كيل حصل المبيع في ضمانه (٥) ، حتى لو تلف (لا) (٦) ينفسخ العقد (٧) ، إلا أنه لو أراد التصرف فيه ببيع أو هبة قبل القبض ظاهر المذهب وهو المنصوص في الصرف أنه لا يجوز (٨) .
 ووجهه ما روى أبو هريرة (٩) أن (النبي) (صلى الله عليه وسلم) قال : " من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله " (١٠) ، وبالإجماع إذا اشترى مجازفة لا يشترط

(١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " صح من البائع العقد " .
 (٢) القياس في اللغة : هو تقدير الشيء على مثاله ، يقال : قاس الشيء يقيسه قياساً وقياساً : إذا قدره على مثاله ، والمقياس : المقدار ، وما قيس به . انظر : القاموس المحيط ٢/٢٥٣ ، المصباح المنير ص ١٩٩ .

والقياس في اصطلاح الأصوليين : إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت . نهاية السؤل شرح منهاج الوصول في علم الأصول ٣/٣ ط : محمد علي صبيح .

(٣) انظر : مختصر المزني ٩/٩٤ ، المجموع ٩/٣٢٥ .
 (٤) أي المسألة الحادية عشرة .
 (٥) لكن لم يتم القبض الذي يجوز له التصرف فيه ، لعدم القبض المستحق بالعقد .
 (٦) ما بين القوسين في ب " لم " .
 (٧) وهذا أحد الوجهين . وبه جزم المصنف ، لتمام القبض المضمن ، وحصول المال في يده حقيقة . وإنما بقي معرفة مقداره .

والثاني : وهو الأوجه ، تصحيح الانفساخ ، بخلاف ما لو ألقاه ، لما مر من أن إتلافه قبض . وهذا الوجه مقتضى كلام غير المصنف . انظر : فتح العزيز ٤/٣٦١ ، حاشية المغربي الرشدي ٤/١٠٠ ، أسنى المطالب ٢/٨٧-٨٨ .
 (٨) لأن القبض لم يتم ، بل بقي بينهما علة ، والشرط في الصرف أن يتفرقا ولا علة بينهما . انظر : المخطوط ورقة ١/٢ .

قال الشافعي رضي الله عنه : " فكل ما أكل الأعميون وشربوا فلا يجوز أن يباع شيء منه بشيء من صنفه إلا مثلاً بمثل ، وإن كان وزناً فوزن ، وإن كان كيلاً فكيل ، يدا بيد ، وسواء في ذلك الذهب والورق ، وجميع المأكول ، فإن تفرقا قبل أن يتقابضا فسد البيع بينهما " . الأم ٣/٤٤ ، وانظر أيضاً : الحاوي ٥/٢٢٧ .
 (٩) أبو هريرة : هو عبد الرحمن بن صخر الدوسي اليماني ، الحافظ الفقيه الصحابي المشهور ، كان أحد أعلام الفقر والمساكين ، أشهر من سكن الصفة ، كثير العبادة والذكر ، ولي إمرة المدينة ، عده الحافظ الذهبي من المكثرين لرواية الحديث ، فقد ذكر أنه روى خمسة آلاف وثلاثمائة وأربعة وسبعين حديثاً ، توفي رحمه الله سنة (٥٧هـ) . انظر : حلية الأولياء ١/٣٧٦ ، شذرات الذهب ١/٦٣ ، صفة الصفوة ١/٣٨٤ وما بعدها .

(١٠) ما بين القوسين في ب " رسول الله " .
 (١١) الحديث بهذا اللفظ : أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١١٦٢ باب " بطلان بيع المبيع قبل القبض " وأخرجه أيضاً : البيهقي في السنن الكبرى ٥/٣١٣ .

والحديث قد دل على أنه لا يحصل القبض فيه إلا بالكيل ، وليس بمعتبر في بيع الجراف إجماعاً ، فتعين فيما قدر بكيل الكيل ، وقيس عليه الباقي . أي إن بيع وزناً يشترط فيه الوزن ، إن بيع عدا يشترط فيه العد . ويعتبر أن يكيل البائع أو وكيله . انظر : فتح العزيز ٤/٣٠٧ ، روضة الطالبين ٣/٥١٨ ، المجموع ٩/٣٣٧ ، الحاوي ٥/٢٢٧ ، أسنى المطالب ٢/٨٧ ، الغرر البهية ٣/٦ ، شرح منهج الطلاب ٣/١٧٣-١٧٤ ، إخلاص النالوي ٢/٨٨ ، مغني المحتاج ٢/٤٧٠ ، نهاية المحتاج ٤/١٠٠ ، شرح جلال الدين المحلي مع حاشية قلوبيه عليه ٢/٢٧٠ .

الكيل ، فلا بد من ضمانه على هذه الحالة،^(١) وأيضاً فإنه قد بقي بينه وبين البائع علة ، لأنه إن كان البيع وقع على عينه جملة بثمن واحد ، مثل إن قال: بعثك هذه الصبرة على أنها عشرة أققرة بكذا فخرج ناقصاً يسقط (عنه)^(٢) بعض الثمن (على طريقة)^(٣) ، (وطريقة العقد باطل . وإن كان زائدا فالزيادة للبائع على طريقته)^(٤) ، وعلى طريقة للمشتري^(٥) (*) ، ولكن للبائع الخيار في الفسخ^(٦) (وإن)^(٧) (كان قد)^(٨) أفرد لكل قفيز ثمنا بأن قال: بعثك هذه الصبرة كل قفيز (بكذا فلم)^(٩) يتحقق قدر مبلغ كل واحد من العوضين ، وربما تقع بينهما

(١) والمقصود بالضمان هنا : ضمان عقد ، ليوافق ترجيح المصنف عدم الانفساخ . وهذا ما عليه الأكثر . وقال بعضهم : هو في ضمانه ضمان يد وضمان عقد ، فيطالب به إن خرج مستحقاً ، ويستقر عليه الثمن إن تلف ولم يخرج مستحقاً . انظر : حاشية الشيخ سليمان الجمل ١٧٤/٣ ، حاشية الشبرايملسي ١٠٠/٤ ، حاشية المغربي الرشيد ١٠٠/٤ ، حاشية قليوبي ٢٧٠/٢ ، حاشية ابن قاسم العبادي ٦/٣ .

(٢) ما بين القوسين سقط من ب

(٣) ما بين القوسين سقط من ب

(٤) ما بين القوسين سقط من ب .

(٥) ما بين القوسين يوجد مكانه في ب لفظ " إكماله " وإثباته يجعل السياق مختلاً ، فحذف استقامة له كما هو مثبت من الأصل ، وكما موافق لأمهاث كتب الشافعية . انظر : المجموع ٣٨٠/٩ ، روضة الطالبين ٣٦٦/٣ .

(٦) وتحقيق ذلك كالآتي :- لو قال: بعثك هذه الصبرة على أنها عشرة أققرة بكذا إن خرج المبيع كما ذكر صح البيع .

وإن خرج زائداً أو ناقصاً ففيه خلاف على طرق - كما ذكر المصنف . وقبل الخلاف على أقوال أو أوجه - كما عبر بذلك الكثيرون كالنووي وغيره .

الطريقة الأولى : القطع بالبطلان . والطريقة الثانية : صحة البيع .

وعلى الطريقة الثانية إن خرج ناقصاً فللمشتري الخيار ، فإن أجاز فهل يجيز بجميع الثمن أم يسقط عنه بعض الثمن ؟ على طريقتين .

الطريقة الأولى : يسقط عنه بعض الثمن ، وذلك لوجود النقص .

والطريقة الثانية : يخير بجميع الثمن لمقابلة الصبرة به .

وإن خرج زائداً فلن تكون الزيادة ؟ فيه طريقتان .

الطريقة الأولى : تكون الزيادة للمشتري ، فعلى هذا لا خيار له قطعاً ، ولا خيار للبائع أيضاً في أصح الوجهين ، والوجه الثاني : للبائع الخيار .

الطريقة الثانية : أن الزيادة تكون للبائع ، فعلى هذا لا خيار له ، وفي ثبوته للمشتري وجهان . أصحهما : ثبوته ، ومقابله : لا .

و الطريقة الأولى في النقص والزيادة هي الأصح . انظر : روضة الطالبين ٣٦٦/٣ ، المجموع ٣٨٠/٩ .

(٧) ما بين القوسين في ب " فإن " .

(٨) ما بين القوسين في ب لا يقرأ .

(٩) ما بين القوسين سقط من ب

منازعة في القدر، وإن كان سالما بعضه من الذمة.
فإن كان ناقصا فعليه إكماله، وإن كان زائدا فالزيادة له^(١).
فعلى (مجموع) ^(٢) الأحوال العلقه (لم تنقطع)^(٣)، وأيضا فإن شرط الكيل مما
يعتبر في صحة العقد، فإنه لو قال: بعثك هذه الصبرة بهذه الصبرة (لا يصح
العقد)^(٤) ولو قال بعثك الصبرة بالصبرة^(٥) صاعا بصاع صح العقد^(٦) وإذا
كان هذا الشرط^(٧) مما يعتبر في صحة العقد (توقف)^(٨) جواز التصرف على

(١) وتفصيل هذه الصورة كالآتي :-

لو قال بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم مثلا صح البيع، ولا تضر جملة جهالة
الثمن، لأن الثمن معلوم التفصيل، والمبيع معلوم بالمشاهدة، فانقضى الغرر. هذا هو
المذهب، وبه قطع الأصحاب في طرقهم. وحكى عن ابن القطان: أن البيع لا
يصح، لأنه لم يعلم مبلغ الثمن في حال العقد، وهذا شاذ ضعيف - كما قال النووي.
انظر: فتح العزيز ٤٨/٤-٤٩، المجموع ٢٧٩/٩، روضة الطالبين ٣٦٦/٣.
وعلى المذهب إن كان ناقصا فعلى البائع إكماله، وإن كان زائدا فالزيادة له.

(٢) ما بين القوسين في ب "عموم".
(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "بقطع" والصحيح ما أثبت من ب.
(٤) وهذا إذا بيعت الصبرة بجنسها جزافا، لأنه لا يجوز بيع الربوي بجنسه جزافا، ولا
بالتخمين والتحري حتى ولو خرجنا متمثلين لم يصح العقد، لأن التساوي شرط،
وشرط العقد يعتبر العلم به عند العقد. انظر: روضة الطالبين ٣٨٣/٣، شرح
جلال الدين المحلي ٢١٢/٢.

أما إن بيعت الصبرة بغير جنسها كما لو باع صبرة حنطة بصبرة شعير صح العقد
وإن لم يتساويا، وقد نص الشافعي رضي الله عنه على ذلك. قال: "وكلما اختلف
الصنفان فلا بأس أن يباع أحدهما بالآخر جزافا، لأن أصل البيع إذا كان حلالا
بالجزاف" الأم ٣٨/٣، وانظر أيضا: المرجعين السابقين.
(٥) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٦) وتفصيل هذه الصورة :-

إذا باع صبرة حنطة بصبره شعير صاعا بصاع وخرجنا متساويتين، صح، وإن
تفاضلتا، فرضى صاحب الزائدة بتسليم الزيادة تم البيع، ولزم الآخر قبولها. وإن
رضي صاحب الناقصه بقدرها من الزائدة، أقر العقد، وإن تشاحا فسخ البيع. هذا
ما حجه الإمام النووي وقال: به قال أكثر أصحابنا. أما الإمام الرافعي فقال عن
هذه الصورة "الحكم فيها كما لو كانتا من جنس واحد" والمعتد ما قاله المصنف
ووضحه النووي. انظر: فتح العزيز ٨٣/٤، روضة الطالبين ٣٨٣/٣ - ٣٨٤،
مغني المحتاج ٣٧٠/٢.

هذا، وينبغي أن يعلم أن الخلاف في بيع الصبرة جزافا، أولا، محله إذا كان
العوض في الذمة. أما إذا كان معينا فلا تشترط معرفة قدره بالكيل والوزن، فلو
قال: بعثك هذه الصبرة أو هذه الدراهم وهي مجهولة القدر صح البيع اعتمادا على
المشاهدة. انظر: روضة الطالبين ٣٦٧/٣، مغني المحتاج ٣٥٦/٢.

(٧) أي شرط الكيل. فإنه مما يعتبر في صحة العقد إن كان المبيع مكيلا، ومثله الوزن
إن كان المبيع موزونا، والعد إن كان المبيع معدودا.

انظر: مغني المحتاج ٤٧٠/٢، نهاية المحتاج ١٠٠/٤.

(٨) ما بين القوسين في ب "وقف"

وجوده عند الشرط^(١)، كالقبض لما كان معتبراً في صحة العقد حتى أن ما لا يقدر على تسليمه لا يصح بيعه، يتوقف جواز التصرف على وجوده. وقال أبو إسحاق المروزي^(٢): له أن يتصرف في القدر الذي يتحقق أنه مستحق له، مثل أن يكون (حقه)^(٣) قفيزاً، فيتصرف في قدر قفيز، ولا يتصرف في الجميع^(٤).
ووجهه: أن (الرسول عليه السلام)^(٥) "نهى عن بيع ما لم يقبض" وهذا مقبوض "ونهى عن ربح ما لم يضمن"^(٦) وهذا (في)^(٧) ضمانه.
فروع ثلاثة.

أحدها: لو أن البائع أخبر بمبلغ كيله وقال: إنه عشرة أقفزة، فأراد المشتري أن يأخذ بقوله ويترك الكيل لم يجز، لأن الكيل هنا صار صفة في القبض^(٨).
 ولو قال: تركت قبض المبيع لم يكن له حكم، وللبائع أن يلزمه القبض^(٩). (*)^(١٠).
 (فكذا)^(١١) ما كان صفة في القبض لا يجوز تركه.

(١) قال الإمام الماوردي في ذلك: "فإن نقله عن مكيل من غير كيل ولا وزن صار من ضمانه لكن لم يتم القبض، فلا يجوز له أن يبيعه حتى يكال أو يوزن". الحاوي ٢٢٧/٥.

(٢) أبو إسحاق المروزي هو: إبراهيم بن أحمد بن إسحاق المروزي، كان إماماً جليلاً انتهت إليه رئاسة الفقه ببغداد، من أئمة الشافعية، ومن أصحاب ابن سريج، تخرج على يديه أئمة كابى زيد المروزي، والقاضي أبي حامد المروزي، ومن مصنفاته شرح مختصر المزني، وصنف في الأصول والفروع، وعن أصحابه انتشر فقه الشافعي في الأقطار، توفي بمصر سنة (٣٤٠هـ) ودفن عند ضريح الإمام الشافعي رضي الله عنه. انظر: شذرات الذهب ٣٥٥/٢-٣٥٦، طبقات ابن هداية الله الحسيني ص ٢٠٣، سير أعلام النبلاء ٤٢٩/١٥ برقم (٢٤٠)، الفهرست ٢٩٩، معجم المؤلفين ٣/١، الأعلام ٢٢/١.

(٣) ما بين القوسين سقط من ب.
 (٤) وهو وجه ضعيف كما قال النووي. انظر: المجموع ٣٣٧/٩.

ومما سبق يتضح لنا: أن المشتري لو اشترى الطعام مكايلاً وقبض بغير كيل حصل المبيع في ضمانه، لاستيلائه عليه غير قابض له.

فإن أراد أن يتصرف فيه قبل القبض المستحق بالعقد: ظاهر المذهب أنه لا يجوز وهو الصحيح الذي قاله الجمهور من الأصحاب. وفيه وجه ضعيف، وبه قال أبو إسحاق المروزي يصح أن يتصرف في القدر الذي يتحقق أنه مستحق له.

ومحل ما سبق من خلاف بين الجمهور من الأصحاب وبين أبي إسحاق المروزي فيما إذا أراد أن يبيع ما يثق أنه له. أما إن أراد أن يبيع الجميع لم يصح قطعاً، لأنه قد يزيد على المستحق. انظر: فتح العزيز ٣٠٧/٤، المجموع ٣٣٧/٩، روضة الطالبين ٥١٨/٣.

(٥) ما بين القوسين في ب "رسول الله صلى عليه وسلم"

(٦) الحديث سبق تخريجه ص ٤٦ من هذا البحث.

(٧) ما بين القوسين في ب "من".

(٨) فإن قبض بذلك الإخبار من البائع فالقبض فاسد حتى يجري اكتيال صحيح، فإن زاد رد الزيادة، وإن نقص أخذ الباقي.

(٩) انظر: أسنى المطالب ٨٧/٢.

وفائدة ذلك مع أن الوضع بين يديه كاف خروج البائع عن عهدة استقرار ضمان اليد. فإن أصر على الامتناع أناب عنه الحاكم من قبضه عنه كالغائب.

(١٠) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل "ولو قال تركت قبض المبيع" وهو كلام مكرر سبق ذكره.

(١١) ما بين القوسين في ب "وكذا".

الثاني^(١) : لو أن المشتري تولى الكيل بنفسه إما بإذن البائع أو بغير إذنه . هل يتم (به) ^(٢) القبض أم لا ؟ في المسألة وجهان . أحدهما : يتم به القبض ، لأن المقصود منه معرفة المقدار وقد حصل . والثاني : لا يجوز ، لأن الكيل صفة للقبض ، ولا يجوز (للمشتري) ^(٣) أن يقبض بنفسه ، ولا (يجوز) ^(٤) أن يكيل بنفسه . ^(٥)

الثالث^(٦) : (إذا كان) ^(٧) الطعام في يده على صفة يكال عليه فإن كان قد استهلكه قبل أن يكال ووقع التنازع في قدره كان القول قول المشتري . نص

(١) أي الفرع الثاني .

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " له " .

(٣) ما بين القوسين في ب لا يقرأ .

(٤) ما بين القوسين سقط من ب .

(٥) وتحقيق المسألة كالآتي :-

أولاً : ليس على البائع الرضا بكيل المشتري ، ولا على المشتري الرضا بكيل البائع ، بل يتفقان على كيال ، وإن لم يتراضيا نصب الحاكم أميناً يتولاه . انظر : الحاوي ٢٢٨/٥ ، المجموع ٣٣٧/٩ .

ثانياً : لو أراد المشتري أن يقبض المبيع لنفسه على الصفة التي وقع العقد عليها فعلي وجهين . الوجه الأول : وهو الصحيح ، أنه لا يصح قبضه لنفسه ، لاتحاد القابض والمقبض ، وامتناع كونه وكيلاً لغيره في حق نفسه . قال الرافعي عن هذا الوجه : **" هذا هو المشهور " . الوجه الثاني : وهو ضعيف ، أنه يصح قبضه لنفسه ، وإنما الممتنع أن يقبض من نفسه لغيره . نقله الرافعي عن المسعودي .**

ثالثاً : إذا أذن البائع للمشتري أن يتولى الكيل بنفسه ففعل فعلي وجهين أيضاً . الوجه الأول : وهو الأصح . أن القبض لم يصح ، لأن الكيل أحد ركني القبض ، وقد صار نائباً من جهة البائع ، متأسلاً لنفسه ، وبه جزم الماوردي ، وقال : لا يصح إلا أن يكون عند الكيل مقبض من جهة البائع وقابض من جهة المشتري ، ويكون الكيال أميناً يرضيان به . الوجه الثاني : وهو مقابل الأصح ، أنه يجوز ، لأن المقصود منه معرفة المقدار ، والمقبض هو البائع . انظر : فتح العزيز ٣١٠/٤ ، روضة الطالبين ٥٢٠/٣ - ٥٢١ ، المجموع ٣٣٩/٩ ، الحاوي ٢٢٨/٥ .

وقد جاء في حاشية الشيخ عبد الرحمن الشربيني على الغرر البهية ٦/٣ " ولا يصح أن يتولى الوزن أو الكيل أو الذرع أو العد القابض ، بل إما المقبض أو نائبه ، وقال بعض مشايخنا : الوجه الصحة إن لم يكن للمقبض حق الحبس أو كان وأذن للآخر ، ... ويلزم على الثاني اتحاد القابض والمقبض " .

هذا ، ويستثنى من شرط عدم اتحاد القابض والمقبض : ما إذا اشترى الأب لابنه الصغير من مال نفسه أو لنفسه من مال الصغير ، فإنه يتولى طرفي القبض ، كما يتولى طرفي البيع ، وفي احتياجه إلى النقل وجهان . أحدهما : يحتاج كما يحتاج إلى الكيل إذا باع كيلاً ، والوجه الآخر : لا يحتاج إلى النقل .

(٦) أي الفرع الثالث .

(٧) ما بين القوسين في ب لا يقرأ .

عليه في الصرف^(١). لأن الأصل عدم القبض ، وبقي الحق عليه فلا يبرأ عنه إلا باعترافه باستيفاء حقه^(٢).

الثانية عشرة^(٣): لو جاء المشتري واغتصب المبيع من يد البائع (حصل في)^(٤) ضمانه^(٥) ، حتى لو تلف لا يسقط الثمن ، ولو حدث به عيب^(٦) لا يجوز الرد به ، إلا أنه لا يملك التصرف ، لأنه (متعد)^(٧) بالقبض فعلقنا به ما (فيه)^(٨) تشديد عليه دون ما فيه رفق (له)^(٩)(^{١٠}).

فرع: فلو رد على البائع بعد ذلك أو جاء البائع واسترد منه فهلك لا يسقط الثمن ، لأننا قد حكمنا باستقراره وانتقال ضمان العيب إليه^(١١).

(١) انظر نص الشافعي في : الأم ٨٩/٣ ، مختصر المزني ٩٢/٩ .

(٢) انظر في هذا الفرع : فتح العزيز ٣٠٨/٤ ، روضة الطالبين ٥١٨/٣ ، المجموع ٢٣٧/٩ وجاء فيه " فلو تلف المقبوض فزعم الدافع أنه كان قدر حقه أو أكثر وزعم القابض أنه كان دون حقه أو قدره فالقول قول القابض " .

(٣) أي المسألة الثانية عشرة .

(٤) ما بين القوسين في ب " حتى من " .

(٥) هذا إذا كان الثمن حالا ولم يكن قد دفعه إلى البائع كله أو بعضه .

انظر : فتح العزيز ٣٠٧/٤ ، المجموع ٣٢٧/٩ . أسنى المطالب ٨٩/٢ .

(٦) للعيب في اللغة : الوصفة ، والجمع أعياب وعيوب ، ورجل عياب : كثير العيب للنفس . انظر : القاموس المحيط ١١٣/١ ، المعجم الوجيز ص ٤٤٢ .

والعيب لاصطلاحاً : هو كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه . انظر : روضة الطالبين ٤٦٣/٣ بتصرف .

(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "متعدي" والصحيح ما أثبت من ب .

(٨) ما بين القوسين سقط من ب .

(٩) ما بين القوسين في ب " به " .

(١٠) انظر : فتح العزيز ٣٠٧/٤ ، المجموع ٣٢٧/٩ ، شرح منهج الطلاب ١٧٣/٣ ،

مغني المحتاج ٤٦٩/٣ ، إخلاص الناوي ٨٩/٢ .

(١١) وهذا بناء على أن المراد بالضمان ضمان عقد . والراجح أنه ضمان يد ، بمعنى

أن له فرد على البائع إذا تعيب ، وإذا أتلفه البائع إتلافاً مضمناً في يد المشتري

جعل مسترداً له بالإتلاف ، كما أن المشتري قابض له بالإتلاف ، جزم بذلك ابن

المقرئ . حكاه الشيخ سليمان الجمل والشيخ الرملي .

(١) (ولا) يتغير الحكم بعد ذلك كما لو سلم المبيع ثم أخذه من المشتري على سبيل الرهن.

= وحكى الرافعي والنووي القولين في إتلاف البائع له في يد المشتري ولم يذكر ترجيح .

قال النووي: " لو أخذ المشتري المبيع بغير إذن البائع فللبائع الاسترداد إذا ثبت له حق حبس، فإن أُلغى في يد المشتري فقولان . أحدهما: عليه القيمة ، ولا خيار للمشتري، لاستقرار العقد بالقبض وإن كان ظالما فيه .

والثاني: يجعل مستردا بالإتلاف ، كما أن المشتري قابض بالإتلاف. وعلى هذا، فيفسخ البيع أو يثبت الخيار للمشتري . قال الإمام: الظاهر الثاني " روضة الطالبين ٥٠٢/٣ ، فتح العزيز ٢٩٠/٤ ، حاشية الجمل ١٧٣/٣ ، مغنى المحتاج ٤٦٩/٢ ، حاشية الرملي على أسنى المطالب ٨٩/٢ ، نهاية المحتاج ٩٩/٢ ، المجموع ٣٢٦/٩ . مع العلم بأن النووي فيه قد جزم بقول المصنف دون ذكر غيره .

واختار الشيخ زكريا الأنصاري أنه مضمون ضمان يد وضمان عقد قال: " فإن لم يسلمه - أى الثمن - لم يستقل بقبضه، فإن استقل به لزمه رده ، لأن البائع يستحق حبسه، ولا ينفذ تصرفه فيه ، لكن يدخل في ضمانه ليطالب به إن خرج مستحقا - وهذا ضمان اليد، ويستقر ثمنه عليه " وهذا ضمان العقد ، بمعنى أن العقد لا يفسخ بتلفه ولا يثبت الخيار بتعييه . شرح منهج الطلاب ١٧٣/٣ .

وما ذكر سابقا محله إن كان الثمن حالا ولم يكن قد دفع إلى البائع . أما إن كان الثمن قد دفع كله فالمشتري أن يستقل بقبض المبيع ، كما تستقل الزوجة بقبض الصداق بغير إذن الزوج إذا سلمت نفسها. وكذا لو كان الثمن مؤجلا كان للمشتري أيضا أن يستقل بقبض المبيع لرضا البائع بالتأخير .

انظر : فتح العزيز ٣٠٧/٤ ، روضة الطالبين ٥١٧/٣ ، المجموع ٣٢٦/٩ ، أسنى المطالب ٨٩/٢ ، حاشية الجمل مع شرح المنهج ١٧٣/٣ ، مغنى المحتاج ٤٦٩/٢ ، شرح جلال الدين المحلي ٢٦٩/٢ ، حاشية قليوبي ٢٦٩/٢ .

تنبيه: جميع أئمة الشافعية قد جعلوا هذه المسألة تحت عنوان " هل للمشتري الاستقلال بتقل المبيع " . ولا مشاحنة بين تعبيرهم وتعبير المصنف ، فكل قال بما أرتاه من وجهة نظره طالما أنه أدى إلى المطلوب .

(١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فلا " .

الفصل الثالث في حكم التصرف في الثمن

وفيه (أربع) (١) مسائل.

أحدها: في بيان الثمن من العوضين (أيهما) (٢) هو ؟
واختلف أصحابنا فيه على طريقين (٣). أحدهما: أن حد الثمن النقد الغالب (٤) وإليه ذهب أصحاب أبي حنيفة (٥).

(١) ما بين لقوسين من ب وفي الأصل " أربعة " .

(٢) ما بين لقوسين من ب وفي الأصل " أيما " .

(٣) وعند غير المصنف على وجهين . انظر : فتح العزيز ٣٠١/٤ ، روضة الطالبين ٥١٢/٣ ، المجموع ٣٣٠/٩ .

(٤) وهذا أصح الوجهين ، والمثمن ما يقابله . وقد جزم بذلك البعض كالشيخ زكريا الأنصاري ، والرملي ، والخطيب الشربيني وغيرهم . انظر : فتح العزيز ٣٠١/٤ ، أسنى المطالب ٨٥/٢ ، الغرر البهية ١٧/٣ ، نهاية المحتاج ٩١/٤ ، مقنى المحتاج ٥٦٥/٢ ، شرح منهج الطلاب ١٦٥/٣ .

فعلى هذا لو قال : بعك هذا الدينار بهذا العبد فالدینار هو الثمن وإن لم تسخل عليه الباء . انظر حاشية الجمل ١٦٥/٣ .

(٥) انظر في ذلك : المبسوط ٢/١٤ ، شرح فتح القدير ٤٦٩/٥ وجاء فيه " ومن أطلق الثمن في البيع أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بأن قال عشرة دراهم مثلا انصرف إلى غالب نقد البلد ، لأنه هو المتعارف ، فينصرف المطلق إليه " ، الكفاية ٤٦٩/٥ ، العناية ٤٦٩/٥ .

وعموما فإن الحنفية - عدا الإمام زفر يقولون : الدراهم والديناتير أثمان على كل حال . قال الكاساني : " قدراهم والديناتير عننا أثمان على كل حال ، أي شيء كان في مقابلتهما ، وسواء دخله حرف الباء فيهما أو فيما يقبلانها لأنها لا تتعين بالتعيين بحال ، فكأننا أثمانا على كل حال " بدائع الصنائع ٣٤٦/٥ . وفتن أيضا : شرح فتح القدير ٢٥٩/٦ ، حاشية ابن عابدين ١٦٥/٤ وجاء فيه " الثمن ما يثبت في النعمة دينا عند المقابلة وهو النقود " .

أما الإمام زفر فقد ذهب إلى أن الثمن والمبيع من الأسماء المترادفة والواقعة على مسمى واحد ، وإنما يتميز أحدهما عن الآخر في الأحكام بحرف الباء . انظر : بدائع الصنائع ٣٤٦/٥ .

ولكن مما ينبغي علمه أن الحنفية باستثناء الإمام زفر - كما سبق - وإن كانوا يقولون بأن الثمن هو النقد الغالب إلا أن الدراهم والديناتير عندهم لا تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات في حق الاستحقاق وإن عينت ، حتى لو قال : بعث منك هذا الثوب بهذه الدراهم أو بهذه الديناتير كان للمشتري أن يمسك المشار إليه ويرد مثله . ولكنها تتعين في حق ضمان الجنس والنوع والصفة والقدر حتى يجب عليه رد مثل المشار إليه جنسا ونوعا وقدرًا وصفة ، ولو هلك المشار إليه لا يبطل العقد . انظر : المبسوط ١٣/١٤ ، بدائع الصنائع ٣٤٦/٥ .

هذا عن النكتين عن الحنفية ، أما ما سواهما من الأموال عندهم : إن كان مما لا مثل له من الطيبات المتفاوتة والفرعيات فهو مبيع على كل حال ، لأنها تتعين بالتعيين ، بل لا يجوز بيعها إلا عينا ، إلا الثياب الموصوفة الموجلة سلما فإنها تثبت دينا في النعمة مبيعة بطريق السلم ، وكذا الموصوف الموزل فيها لا بطريق السلم يثبت دينا في النعمة ثمنًا . وإن كان مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة ، فإن كان في مقابلة المكيل أو الموزون دراهم أو ديناتير فهو مبيع ، وإن كان في مقابلته ما لا مثل له من الأعيان فبقه ينظر . إن كان المكيل أو الموزون معينا فهو مبيع ، وإن لم يكن معينا يحكم فيه حرف الباء ، فما دخله فهو ثمن والآخر مبيع ، وإن كان أحدهما معينا والآخر موصوفاً أو كان كل واحد منهما موصوفاً فبقه يحكم فيه حرف الباء فما صاحبه فهو الثمن والآخر المبيع . انظر : شرح فتح القدير ٤٦٧/٥ ، بدائع الصنائع ٣٤٧/٥ ، حاشية رد المحتار ٢٢/٤ .

أما عن الفلوس الرقعة عند الحنفية فقال الكاساني : " وأما الفلوس الراتجة فإن قوبلت بخلاف جنسها فهي أثمان . وكذا إن قوبلت بجنسها متساوية في العدد ، وإن قوبلت بجنسها متفاضلة في العدد فهي مبيعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد هي أثمان على كل حال " بدائع الصنائع ٣٤٧/٥ .

(ووجهه: أن) (١): (الناس) (٢) في عرفهم (٣) (و) (٤) عاداتهم لا يعرفون الثمن إلا النقد، ولا يطلقون الاسم على غيره، وإذا خلا العقد عن النقد يسمونه في العادة معاوضة ومقايضة (٥)، (*) (٦) ولا يطلقون على (البديلين) (٧) اسم الثمن والمبيع. وقال القفال: (٨) (إن) (٩) حد الثمن ما لصق به باء (التثمين) (١٠) (١١).

(١) ما بين القوسين في ب "لأن".

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " للناس ".

(٣) العرف في اللغة : المعروف ، وهو خلاف النكر ، وهو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم ، والعرف أيضا : لحمه مستطيلة في أعلي رأس الديك ، كما يطلق على الصبر ، يقال عرف للأمر واعترف : صبر . والجمع أعراف .

انظر : القاموس المحيط ١٧٩/٣ ، المصباح المنير ص ١٥٤ ، المعجم الوجيز ص ٤١٥ .
والعرف في الاصطلاح : ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول . وتلقته الطبايع بالقبول .
التعريفات للجرحاني ص ١٩٣ .

أما العرف عند الأصوليين فهو : ما اعتاده الناس من معاملات ، واستقامت عليه أمورهم . وينقسم إلى قسمين . عرف عام ، وعرف خاص . فالعرف العام ، هو الذي اتفق عليه الناس في كل الأمصار كعقد الاستصناع . والعرف الخاص هو الذي يسود في كل بلد من البلدان ، أو إقليم من الأقاليم ، أو طائفة من الناس ، كعرف التجار ، أو عرف الزراع ونحو ذلك . ومحل الأخذ بالعرف سواء كان عاما أم خاصا عند من يقول به أن يكون صحيحا . أما العرف الفاسد وهو الذي خالف نصا قطعيا فإنه يرد ولا يؤخذ به . انظر : أصول الفقه لأبي زهرة ص ٢٧٣-٢٧٤ .

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " من " .

(٥) المقايضة : مأخوذة من قايض فلان فلانا : بادلته سلعة سلعة .

انظر : المعجم الوجيز ص ٥٢٣ .

(٦) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل "ولا يطلقون الاسم على غيره ، وإذا خلا العقد عن العقد يسمونه في العادة معاوضة ومقايضة " وهو تكرار يجعل السياق مضطربا مع وجود الخطأ فيه ، فاقترضى السياق حذفه كما في ب .

(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " اليد " .

(٨) القفال : هو عبد الله بن أحمد بن عبد الله المروزي أبو بكر القفال ، كان مفاخر خراسان وشيخها ، شديد الاستباط والتخريج ، دقيق النظر ، له في فقه الشافعي ومذهبه من الآثار ما ليس لغيره من أهل عصره ، بدأ التعلم وهو ابن ثلاثين سنة ، وكان حاذقا في صناعته قبل أن يشتغل بالفقه ، فقد كان يشتغل بعمل الأقفال ، ومن هنا سمي بالقفال ، وقد سمع الحديث بمرور وبخاري ، وحدث في آخر عمره وأملى ، ولد رحمه الله سنة ٣٢٧ وتوفي سنة ٤١٧ هـ ، وكان ابن تسعين سنة . وهذا القفال غير القفال الكبير ، لكن يشتركان في أن كلا منهما يعرف بأبي بكر القفال ، ويتميزان في الاسم ، وفي أن هذا مروزي وذاك شاشي ، وفي أن هذا هو المتردد عودا على بدء في كتب الفقه الخرسانية كالإبانة والنتمة وغيرهما ، ويطلق عند الذكر غالبا ، وذاك لا يغلب ذكره فيها ، وإذا ذكر قيد بالشاشي ، وربما أطلق في طريقة العراق على قلة ذكرهم للآخر . ثم إن الشاشي هو القفال الذي يجرى ذكره في غير الفقه كأصول الفقه والتفسير وغيرهما . انظر : طبقات الفقهاء الشافعية لابن الصلاح ٤٩٦/١-٥٠٠ ، المجموع ١١٥/١ . طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٤٩/٢ .

(٩) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(١٠) ما بين القوسين في ب " التمنية " .

(١١) وهذا هو الوجه الثاني . كقولك بعت كذا بكذا فالأول مثنى والثاني ثمن ، لأن هذه الباء تسمى باء التثمين . انظر : فتح العزيز ٣٠١/٤ ، روضة الطالبين ٥١٢/٣ ، المجموع ٣٣٠/٩ .

وقول القفال هو بعينه ما قاله الإمام زفر من الحنفية ، وقد سبق ذكر ذلك . انظر : مراجع الحنفية السابقة .

واستدل عليه (بأن رسول الله) ^(١) صلى الله عليه وسلم قال في خبر الربا ^(٢) :
 " ولكن بيعوا الذهب بالورق ^(٣) ، والورق بالذهب ، والبر بالشعير ، والشعير
 بالبر ^(٤) " وكلام صاحب الشرع (صلوات الله عليه) ^(٥) لا (يجوز أن) ^(٦)
 (يخلو) ^(٧) عن فائدة. ومعلوم أنه لو اقتصر على قوله " ولكن بيعوا الذهب
 بالورق " يستفاد منه (جواز) ^(٨) مبادلة أحد النقيدين بالآخر ، فلما كرر اللفظ
 لا بد أن يكون (للتكرار) ^(٩) فائدة.

وفائدة ذلك : بيان الثمن من العوضين ، فإذا (باع الذهب) ^(١٠) بالورق
 فالورق ثمن ، وإذا بيع الورق بالذهب فالذهب ثمن ^(١١).

(١) ما بين القوسين سقط من ب .
 (٢) الربا في اللغة : الزيادة والنمو . يقال : ربي الشيء يربو ربوا ورباءً : زاد ونما ، وعلا
 وارتفع . انظر : المصباح المنير ص ٨٢ ، المعجم الوجيز ص ٢٥٣ .
 والربا اصطلاحاً : عقد على عوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة
 العقد أو مع تأخير في البدلين أو أحدهما . مغني المحتاج ٢/٣٦٣ ، حاشية قليوبي ٢/٢٠٨ .
 (٣) الورق : بكسر الراء : الفضة المضروبة ، ومنهم من يقول : الورق الفضة مضروبة كانت
 أو غير مضروبة . والجمع أوراقاء . انظر : المصباح المنير ص ٢٥١ ، المعجم الوجيز
 ص ٦٦٦ .

(٤) هو جزء من حديث أخرجه الشافعي في المسند ص ١٤٧ ، وفي السنن المأثورة ١/٢٦٨ .
 وأخرجه أيضاً البيهقي في السنن الكبرى ٥/٢٧٦ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/٤ .
 والشيباني في الحجة ٢/٦٠٦ ، وابن الملقن في خلاصة البدر المنير ٢/٥٣ عن مسلم بن
 يسار ورجل آخر عن عباد بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " ثم لا
 تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر
 ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين يدا بيد . ولكن بيعوا الذهب بالورق والورق
 بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر والتمر بالملح والملح بالتمر يدا بيد كيف شئتم " .
 ونقص أحدهما : " التمر بالملح " وزاد الآخر : " من زاد أو ازداد فقد أربى " . وقد روى هذا
 الحديث بنحوه مسلم في صحيحه ٣/١٢١١ باب " الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً " . وفي
 آخره " فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد " .

(٥) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .
 (٦) ما بين القوسين سقط من ب .
 (٧) ما بين القوسين في النسختين " يخلوا " بإثبات ألف بعد الواو ، والصحيح ما أثبت بالصلب .
 (٨) ما بين القوسين في ب لا يقرأ .
 (٩) ما بين القوسين سقط من ب .
 (١٠) ما بين القوسين في ب لا يقرأ .

(١١) وبناء على ما ذكر من خلاف في حد الثمن ، فما هو المثلن ؟ فيه ثلاثة أوجه .
 إذا قلنا : بالأصح ، وهو أن الثمن النقد ، فالمثلن ما يقابله . وقال بعضهم : الثمن النقد ،
 والمثلن ما يقابل ذلك على اختلاف الوجهين ، واعتبر ذلك المصنف الطريقة المشهورة .
 وإذا قلنا : الثمن ما ألصق به الباء فالمثلن خلافه . ومثاله ما ذكره المصنف .
 ومحل الخلاف ما إذا كان في العقد نقد والآخر عرض ، فإن كانا نقدين أو عرضين فالمثلن
 ما التصقت به الباء ، والمثلن ما يقابله . جزم بذلك كثيرون ، وعبر عنه البعض بالأصح .
 انظر : فتح العزيز ٤/٣٠١ ، المجموع ٩/٣٣٠ ، مغني المحتاج ٢/٤٦٥ ، شرح منهج
 الطلاب ٣/١٦٥ ، الغرر البهية ٣/١٧-١٨ ، شرح جلال الدين المحلي ٢/٢٦٥-٢٦٦ ،
 حاشية الشبرايملى على نهاية المحتاج ٤/٩١ .

فروع (الطريقين) (١).

إذا قال: بعثك هذه الدراهم بهذا الثوب فعلى طريقة عامة أصحابنا: الثوب مبيع، والدراهم ثمن (٢). وعلى طريقة القفال الثوب ثمن، والدراهم مبيع. وإذا باع أحد النقيدين بالآخر فعلى الطريقة المشهورة: ليس في العقد مبيع (٣). وعلى طريقة القفال الذي خلا عن الباء مبيع، والآخر ثمن. وإذا قال: بعثك هذا العبد بهذا الثوب فعلى طريقة عامة أصحابنا: ليس في العقد ثمن (٤). وعلى طريقة القفال ما اتصل به الباء ثمن، والآخر مبيع. وسنذكر فائدة الاختلاف (٥).

الثانية (٦): الثمن إذا كان معيناً (٧) لا يجوز التصرف فيه قبل القبض كالمبيع سواء. فأما إذا كان الثمن في الذمة فأراد أن يأخذ (منه) (٨) عوضاً (٩). هل يجوز أم لا؟

- (١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "الطريقتين".
- (٢) وبه قطع المصنف على هذه الطريقة. وذكر غيره أنه على وجهين كالسلم في الدراهم والدنانير. لأنه جعل الثمن مثمناً. الأصح: ما قطع به المصنف كما ذكره النووي، سواء كان ذلك على الوجه القابل بأن الثمن النقد والمثمن ما يقابله، أو أن الثمن النقد والمثمن ما يقابله على اختلاف الوجهين. انظر: المجموع ٣٣٠/٩.
- (٣) وهذا على الوجه الذي يقول: الثمن هو النقد، والمثمن ما يقابل ذلك على اختلاف الوجهين، ولكن الأصح والذي جزم به كثيرون أن الثمن هو ما التصقت به الباء المسماة بباء الثمنية، والمثمن ما يقابله إن كانا نقديين، وحينئذ يكون الفرق منعدم بين القفال وغيره. انظر: فتح العزيز ٣٠١/٤، المجموع ٣٣٠/٩، أسنى المطالب ٨٥/٢، مغنى المحتاج ٤٦٥/٢، شرح منهج الطلاب ١٦٥/٣.
- (٤) وهذا أيضاً على الوجه الذي سبق ذكره في الهامش السابق، وبناء عليه يكون ذلك مبادلة، والأصح كما قلت وكما جزم به كثيرون: أن الثمن ما التصقت به الباء، والمثمن ما يقابله إن كانا نقديين. انظر: المراجع السابقة.
- (٥) في المسائل والفروع القادمة.
- (٦) أي المسألة الثانية.
- (٧) نقداً كان أو غيره، فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، لعموم النهي في خبر حكيم بن حزام المتقدم، فإن النهي شمل الشيء المبيع والثمن وما في معناه، فلا يجوز للمشتري إبداله بمثله، ولولت قبل القبض انفسخ البيع، ولو وجد البائع به عيباً، لم يستبدل به، بل إن رضيه وإلا فسخ العقد، فلو أبدله بمثله أو بغير جنسه برضى البائع، فهو كبيع المبيع للبائع، فلا يصح إلا إن كان الاعتياض عنه بعين المبيع أو بمثله إن تلف أو كان في الذمة. انظر: فتح العزيز ٣٠٠/٤، المجموع ٣٢٥/٩، روضة الطالبين ٥١١/٣، أسنى المطالب ٨٤/٢، مغنى المحتاج ٤٦٣/٢، شرح جلال الدين المحلى ٢٦٤/٢، نهاية المحتاج ٨٧/٤، حاشية المغربي الرشيدى ٨٧/٤.

(٨) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

- (٩) والمعنى كما قال النووي وغيره: هل يستبدل عن الثمن إذا كان في الذمة؟ وذلك لأن العوض بمعنى البدل والخلف، يقال: عاوضه أي بادلته، واستعاض عن كذا بكذا أي استبدله به. انظر المعجم الوجيز ص ٤٤١. وانظر في العنوان لهذه المسألة: روضة الطالبين ٥١٢/٣، مغنى المحتاج ٤٦٤/٢.

في المسألة قولان^(١) أحدهما: وهو قوله القديم أنه لا يجوز، لعموم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنهم عن بيع ما لم يقبضوا"^(٢) والثمن غير مقبوض، ولأن المسلم فيه^(٣) لا يجوز التصرف فيه قبل القبض فكذلك الثمن^(٤) والقول الثاني: وهو الصحيح^(٥) أن الاعتياض عن الثمن جائز^(٦)، لما روى أن (ابن) عمر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: (*^(٧)) "إني أبيع الإبل بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم (تفرقا)^(٨) وبينكما شيء"^(٩) (١٠).

ولأن المقصود من الدراهم والدنانير صرفها في قضاء الحوائج، فإذا أخذ عنها عوضا من البائع فقد صرفه في حاجته، فوجب أن يجوز. ويخالف المسلم فيه (فإنه)^(١١) لا يستقر في الذمة إلا بالقبض، (ولهذا)^(١٢) (لو)^(١٣) انقطع المسلم فيه كان له تأثير في العقد بفسخ أو (انفساخ)^(١٤) (١٥).

(١) وهذان القولان هما الطريق المشهور، وعليه اقتصر المصنف، وتبعه في ذلك كثيرون. انظر: مغنى المحتاج مع المنهاج ٤٦٤/٢، نهاية المحتاج ٩٠/٤، شرح جلال الدين المحلي ٢٦٥/٢.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص ٤٦ من هذا البحث. (٣) السلم في اللغة: يطلق على السلف، تقول أسلم في الطعام: أى أسلف فيه. وسمى بذلك لتسليم رأس المال في المجلس، وسلفا لتقديم رأس المال. انظر: المصباح المنير ص ١٠٩، الزاهر ص ٢٣٤، أسنى المطالب ١٢٢/٢.

والسلم اصطلاحاً: بيع شيء موصوف في الذمة بلفظ السلم أو نحوه. غاية البيان ص ٢٨١، مغنى المحتاج ٣/٣، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار لتقى الدين أبى بكر الدمشقي الشافعي ص ٢٤٧ ط: دار الخير.

(٤) انظر: فتح العزيز ٣٠٢/٤، المجموع ٣٣١/٩، مغنى المحتاج ٤٦٤/٢، شرح جلال الدين المحلي ٢٦٥/٢.

(٥) وهو القول الجديد، وعبر عنه المصنف بالصحيح، والنووى بالأظهر وبالأصح، وبه جزم الشيخ زكريا الأنصاري. انظر: فتح العزيز ٣٠٢/٤، روضة الطالبين ٥١٣/٣، المجموع ٣٣١/٩، شرح منهج الطلاب ١٦٤/٣، أسنى المطالب ٨٤/٢، إخلاص النواي ٩٥/٢.

(٦) ومحلّه في الثمن الذي لا يشترط قبضه في المجلس، وإلا كرأس مال سلم وربوى وأجرة في إجارة ذمة فلا يصح. انظر: حاشية الجمل ١٦٤/٣، حاشية قليوبي ٢٦٥/٢، حاشية الشيخ عبد الرحمن الشربيني على الغرر ١٧/٣.

(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "بن" بدون همزة وصل.

(٨) ما بين القوسين يوجد في مكانه في ب "لا بأس".

(٩) ما بين القوسين في ب "تفرقا".

(١٠) الحديث سبق تخريجه ص ٤٦ من هذا البحث.

(١١) ما بين القوسين في ب "لأنه".

(١٢) ما بين القوسين في ب لا يقرأ.

(١٣) ما بين القوسين في ب "للو".

(١٤) وحكم انقطاع المسلم فيه إذا كان قد أسلم فيما يعم وجوده قولان. الأظهر: أن العقد لا يفسخ، لأن المسلم فيه يتعلق بالذمة، فأنشبه إفلاس المشتري بالثمن، ومقابله: أن العقد يفسخ كما لو تلف المبيع قبل القبض. فعلى الأظهر، يتخير المسلم بين فسخه والصبر حتى يوجد، فيطالب به دفعا للضرر. انظر: فتح العزيز ٤٠٢/٤، مغنى المحتاج ١١/٣، أسنى المطالب ١٢٧/٢.

(١٥) ما بين القوسين في ب لا يقرأ.

والثمن مما يستقر في الذمة من غير قبض، بدليل أن جنس الثمن إذا انقطع (عن) (١) أي الناس لا يفسخ العقد (٢).

فروع ثلاثة.

أحدها: إذا قال اشتريت مائة درهم في ذمتك بهذا الثوب فعلى طريقة عامة أصحابنا: الثوب مبيع، والدراهم ثمن، ويجوز أخذ العوض عن الثمن. وعلى طريقة القفال: (*) (٣) الثوب رأس مال، والدراهم مسلم فيها. وسنذكر (حكم) (٤) السلم في الدراهم (٥). وإذا جوزنا: لا يجوز التصرف فيها قبل القبض (٦).

(١) ما بين القوسين في ب " من " .

(٢) انظر: فتح العزيز ٣٠٢/٤، شرح منهج الطلاب ١٦٤/٣، الغرر البهية ١٧/٣، مغنى المحتاج ٤٦٤/٢، شرح جلال الدين المحلي مع حاشية قليوبي عليه ٢٦٥/٢، إخلاص النواوي ٩٥/٢.

وما ذكر من القولين الجديد والقديم هما الطريق المشهور كما قلت سابقاً. وهناك طريق ثان في المسألة وبه جزم القاضي أبو حامد وأبو الحسين بن القطان وهو: النقطع بالجواز. انظر: فتح العزيز ٣٠٢/٤، روضة الطالبين ٥١٣/٣، المجموع ٣٣١/٩. (٣) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل " الثمن " والصحيح حذف ذلك حتى يستقيم السياق كما هو مثبت من ب.

(٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٥) وحكم ذلك يختلف باختلاف الحالة. فلو قال: أسلمت إليك ديناراً في ذمتي في كذا، ثم عين وسلم في المجلس جاز، ولو باع ديناراً بدينار أو بدرهم في الذمة ثم عين وسلم في المجلس جاز، ولو كان له في ذمة الغير دراهم فقال: أسلمت إليك الدراهم التي في ذمتك في كذا. نظر. إن شرط الأجل فيه فهو باطل، لأنه بيع الدين بالدين، وإن كان حالاً ولم يسلم المسلم فيه قبل التفرق فكمثل، وإن أحضره وسلمه فوجهان. أحدهما: وهو الأصح، المنع، لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط وإن كان السلم حالاً، فلو وجد لكان متبرعاً به، وأحكام البيع لا تبني على التبرعات، ألا ترى أنه لو باع طعاماً بطعام إلى أجل ثم تبرعاً بالإحضار لم يجز. والثاني: يصح، كما لو صالح من تلك الدراهم على دينانير وسلمها في المجلس. وهل تسليم المسلم فيه في المجلس وهو حال يغني عن تسليم رأس المال؟

ذكر المتولى وجهين في ذلك على الإطلاق، والأصح المنع كما قال الرافعي. انظر: فتح العزيز ٣٩١/٤-٣٩٢، مغنى المحتاج ٤/٣.

(٦) قال النووي في ذلك: " الدين في الذمة ثلاثة أضرب مثن وثمن، وغيرهما ... الضرب الأول: المثن، وهو السلم فيه، فلا يجوز الاستبدال عنه، ولا بيعه "

وقال الخطيب الشربيني أيضاً: " ولا يصح بيع المسلم فيه ولا الاعتياض عنه قبل قبضه، لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض، والمبيع الثابت في الذمة إذا عقد عليه بغير لفظ السلم لا يعتاض عنه وإن كان غير سلم على الصحيح ". روضة الطالبين ٥١٢/٣، مغنى المحتاج ٤٦٤/٢.

وإذا أراد أن يعتاض عن ذلك فالحيلة أن يفسخ السلم ثم يعتاض عن الثمن الذي في ذمة المسلم إليه. ويتقاضى في المجلس لن لا يصير بيع دين بدين. انظر: حاشية أبي العباس الرملي على أسنى المطالب ٨٤/٢.

وهذا كله إذا اعتبرنا قول القفال.

أما إذا أخذنا بقول عامة الأصحاب فيجوز حينئذ الاعتياض عن الدراهم، لأنها ثمن. وذلك مع مراعاة الخلاف السابق في حكم الاعتياض عن الثمن.

الثاني (١) : **إذا قل برك كرك** (٢) حنطة في (ذمتي) (٣) بهذا الثوب (وذكر) (٤)
 صفات الحنطة **فالحنطة مسلم** فيها بلا خلاف (٥)
 فأما إذا قل : **برك هذا الثوب** برك حنطة في ذمتك فعلى طريقة أصحابنا ليس
 في هذا **لقد ثمن** ، ولكن (الثوب) (٦) رأس مال ، والحنطة مسلم فيها ،
 ويعتبر قبض الثوب في المجلس .
 وعلى طريقة **القول** : **الثوب** بيع والحنطة ثمن ، فيجوز (الاستبدال) (٧) عن
 الحنطة ، ولا يعتبر قبض الثوب في المجلس (٨)
 الثالث (٩) : **إذا قل برك** هذه الدراهم بثوب في ذمتك فإن قلنا : حد (الثمن) (١٠)
 النقدية **ثمنه (قارنم)** (١١) ثمن ، والثوب مسلم فيه (١٢) . وإن قلنا : حد الثمن ما
 لصق به باء (ثمن) (١٣) فالثوب ثمن يجوز الاستبدال عنه (قبل) (١٤) القبض ،
 والدراهم منيع .

(١) أي فرع فقهي

(٢) نكر : كحل معروف ، والجمع أكرار مثل قفل وأقفل ، وهو ستون قفيزا ، والقفيز ثمانية
 مكك ، والمكوك صاع ونصف . قال الأزهري : فالكر على هذا الحساب اثنا
 عشر ومئة ، والومق : ستون صاعا . انظر : الزاهر ص ٣٠٦ ، المصباح المنير
 ص ٢٠٢ .

(٣) ما بين قوسين في ب " ذمتك " .

(٤) ما بين قوسين من ب وفي الأصل " وأكد " .

(٥) وحينئذ فلا يصح بيعها ولا الاعتياض عنها قبل القبض . انظر : فتح العزيز ٤/٣٠١ ،

لمجموع ٣٣١/٩ ، مغني المحتاج ٤٦٤/٢ .

(٦) ما بين قوسين من ب وفي الأصل " للثوب " .

(٧) ما بين قوسين من ب وفي الأصل " الاستبدال " .

(٨) وتحقيق هذه المسألة كالآتي :- إذا باع شيئا بغير الدراهم والدنانير في الذمة فجواز

الاستبدال عنه ينبتني على أن الثمن ما ألصق به باء التثمين أو غيره . إن قلنا : الثمن

ما ألصق به باء التثمين فيجوز الاستبدال عنه كالنقدين ، وادعى البخوي أن ذلك هو

المذهب . وبناء على ذلك لا يعتبر قبض العوض الذي يقابل الثمن في المجلس . وإن

قلنا : الثمن هو النقد والمثمن ما يقابله أو ما يقابله على اختلاف الوجهين ، فلا يجوز

الاستبدال عنه حينئذ ، لأنه مسلم فيه ، ومن المعروف أن ما يثبت في الذمة مثمنا لا

يجوز أن يستبدل عنه ، وبناء عليه فإن العوض الآخر الذي يقابل المسلم فيه وهو

رأس المال يخطر تسليمه في مجلس العقد قبل لزومه ، فلو تفرقا قبل قبض رأس

المال لم يلزمه بطل العقد . انظر في ذلك : فتح العزيز ٤/٣٠٢ ، روضة الطالبين

٥١٣/٣ ، لمجموع ٣٣١/٩ ، مغني المحتاج ٤/٣ .

(٩) أي الفرع ثالث في المسألة .

(١٠) ما بين قوسين من ب وفي الأصل " الثمانية " .

(١١) ما بين قوسين من ب وفي الأصل " والدراهم " .

(١٢) وهذا هو النصح ، وبناء عليه فلا يجوز التصرف في المسلم فيه وهو الثوب قبل قبضه .

انظر : فتح العزيز ٤/٣٠٢ .

(١٣) ما بين قوسين في ب " الثمنية " .

(١٤) وهو قول القائل كما سبق . وبناء عليه يجوز الاستبدال عن الثمن وهو الثوب قبل قبضه

كالنقدين . انظر : لمجموع ٣٣١/٩ ، روضة الطالبين ٥١٣/٣ ، غاية البيان ص ٢٧٦ .

(١٥) ما بين قوسين في ب " قبيل " .

الثالثة: (١) إذا كان له في ذمة إنسان دين من قرض (٢) أو جناية (٣) (فأراد) (٤) أن يأخذ عوضاً فهو جائز بلا خلاف (٥)، كما لو كان له في يده عين مال بغصب أو عارية فباع منه (٦).

فأما إن ورد أن (بيع) (٧) الدين من غير من عليه الدين (٨) ويأخذ (به) (٩) عوضاً بلن يقول: اشتريت منك هذا الثوب بالآلف الذي (لن) (١٠) في ذمة فلان فهل

(١) أي مسألة ٢٢٢

(٢) لقرض في القرض، كأنه يقطع له قطعة من ماله، وقيل: هو المجازاة، لأنه يرد مثل ما أخذ من غيره، فلو قرض ومكافأة، وهما يتقارضان التواء: إذا أتى رجل على رجل وأخذ منه شيء، ففرض: النظم المستعذب ٤٠٠/١، المصباح المنير ص ١٩٠،

المعجم ١٢٢

ولقرض الدين عليه شيء، على أن يرد بئله. مغنى المحتاج ٢٩/٣، أسنى المطالب ١٤٠/٢.

(٣) للجناية في الجناية، وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو التصرف في غيره، وهو أن يدعى عليك ذنباً لم تفعله. انظر: القاموس المحقق ١٢٢، المصباح المنير ص ٤٣. والجناية الجناية، يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها. التعريفات للجرجاني ص ١٢٢.

(٤) ما بين القرض والقرض.

(٥) وفي الاستحسان، هذا أن يستبدل عن القرض ولو لم ي تلف، خلافاً

لأن المباح إذا استهلك إذا بقي في يده فلا يجوز، لأنما إن

قلنا: إن القرض في النعمة، لأن للمقرض أن يرجع في عينه،

وإن قلنا: إن القرض في النعمة، وذلك يوجب ضعف ملك المقرض،

فلا يجوز. انظر: القاموس المحقق ٣٠٤/٤، العزيز ٣٠٤/٤،

مغنى المحتاج ١٢٢.

(٦) وكذا يجوز أن يبيع ديناً بثمن ولا مثمن، كالدين الموصى

به، أو الوارث، أو عن زكاة الفطر إذا كان

الفقراء مستحقين له.

ويفارق القرض القرض، وهذا مستقر.

انظر: فتح القاري ٤٦٥/٢-٤٦٦، شرح

جلال الدين ١٦٥/٣، نهاية المحتاج ٩١/٤.

(٧) ما بين القرض والقرض.

(٨) مما يوجب عليه الدين من غير من عليه الدين.

(٩) الآتي من الدين.

(١٠) ما بين القرض والقرض.

الثالثة: (١) إذا كان له في ذمة إنسان دين من قرض (٢) أو جناية (٣) (فأراد) (٤) أن يأخذ عوضاً فهو جائز بلا خلاف (٥)، كما لو كان له في يده عين مال بغصب أو عارية فباع منه (٦).

فأما إن أراد أن (يبيع) (٧) الدين من غير من عليه الدين (٨) ويأخذ (به) (٩) عوضاً بأن يقول: اشتريت منك هذا الثوب بالآلف الذي (لى) (١٠) في ذمة فلان فهل

(١) أي المسألة الثالثة.

(٢) القرض في اللغة: القطع، كأنه يقطع له قطعة من ماله، وقيل: هو المجازاة، لأنه يرد مثل ما أخذ، ومنه قولهم: الدنيا قروض ومكافأة، وهما يتقارضان النشاء: إذا أتى رجل على رجل وأتى الآخر عليه. انظر: النظم المستعذب ٤٠٠/١، المصباح المنير ص ١٩٠، المعجم الوجيز ص ٤٩٧.

والقرض اصطلاحاً: تملك الشيء على أن يرد ببله. مغنى المحتاج ٢٩/٣، أسنى المطالب ١٤٠/٢.

(٣) الجناية في عرف أهل اللغة: الذنب والجرم، وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة، والتجنى مثل التجرم، وهو أن يدعى عليك ذنباً لم تفعله. انظر: القاموس المحيط ٣١٥/٤، المعجم الوجيز ص ١٢٢، المصباح المنير ص ٤٣. والجناية اصطلاحاً: كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها. التعريفات للجرجاني ص ١٠٧.

(٤) ما بين القوسين في ب "فإن أراد".

(٥) وفي الاستبدال عن القرض تفصيل. يجوز أن يستبدل عن القرض ولو لم ي تلف، خلافاً لابن الصباغ حيث أجاز الاستبدال عنه إذا استهلك أما إذا بقي في يده فلا يجوز، لأنما إن قلنا: إن القرض يملك بالقبض فببله غير مستقر في الذمة، لأن للمقرض أن يرجع في عينه، وإن قلنا: يملك بالتصرف، فالمستقرض متسلط عليه، وذلك يوجب ضعف ملك المقرض، فلا يجوز الاعتياض عنه. والمعتمد جواز الاستبدال عنه مطلقاً. انظر: فتح العزيز ٣٠٤/٤، مغنى المحتاج ٤٦٥/٢.

(٦) وكذا يجوز الاستبدال أيضاً بلا خلاف عن كل دين ليس بثمن ولا مئتمن، كالدين الموصى به، أو الواجب بتقدير الحاكم في المتعة، أو بسبب الضمان، أو عن زكاة الفطر إذا كان الفقراء محصورين.

ويفارق المسلم فيه فإنه غير مستقر، لجواز أن يطرأ ما يقتضي انفساخ السلم، وهذا مستقر. انظر: فتح العزيز ٣٠٣/٤-٣٠٤، المجموع ٣٢٢/٩، مغنى المحتاج ٤٦٥/٢-٤٦٦، شرح جلال الدين المحلي ٢٦٦/٢، حاشية الجمل مع شرح المنهج ١٦٥/٣، نهاية المحتاج ٩١/٤.

(٧) ما بين القوسين سقط من ب.

(٨) مما ينبغي أن يعلم أن الاستبدال بيع لمن عليه دين، أما بيعه من غير من عليه الدين فهو الآتي من كلام المصنف.

(٩) ما بين القوسين في ب "منه".

(١٠) ما بين القوسين سقط من ب.

يصح أم لا؟ فيه وجهان. أحدهما يصح^(١). لأنه لما جاز أن يأخذ (عنه)^(٢) عوضاً (ممن)^(٣) عليه جاز (من)^(٤) غيره، كما لو كان له في (يده)^(٥) عين مال. لما جاز أن يبيع منه جاز أن يبيع من غيره^(٦).

(والثاني: لا يجوز)^(٧)(^(٨))، لأن الدين ليس بمال في الحقيقة، وإنما هو حق مطالبة يصير مالا في ثاني (حال)^(٩)، (والشرط)^(١٠) في البيع أن يكون العوض مالا^(١١). ويخالف ما لو أخذ ممن عليه الدين (عوضاً)^(١٢)، لأن ذلك في الحقيقة بدل مال في

(١) وهذا الوجه هو مقابل الأصح، وهو اختيار الأكثرين. انظر: أسنى المطالب ٨٥/٢، مغنى المحتاج ٤٦٦/٢، نهاية المحتاج ٩٢/٤. فإن قلنا: به فإنه يشترط أن يقبض مشتري الدين الدين ممن هو عليه، وأن يقبض بائع الدين العوض في المجلس، فإن تفرقا قبل قبض أحدهما بطل العقد. انظر: فتح العزيز ٣٠٤/٤، روضة الطالبين ٥١٤/٣، المجموع ٣٣٢/٩.

ويشترط أيضا على القول بهذا الوجه أن يكون المديون موسرا مقرا أو عليه بينة، وأن يكون الدين حالا مستقرا، أي مأمونا من سقوطه ليخرج الجعل والأجرة قبل انقضاء المدة. هذا، ومقتضى كلام غير الرافعي والنووي أنه لا يشترط القبض قبل التفرق، وهو قول الأكثرين وبه صرح ابن الصباغ في كتاب الهبة. فقال: لا يحتاج فيه إلى القبض، لأن الشافعي جعله كالحوالة.

ولكن المعتمد كما قال الخطيب الشربيني وغيره أنه يشترط القبض قبل التفرق. وحاول البعض الجمع بين كلام الرافعي والنووي وبين كلام الأكثرين فقال: يحمل الأول على الربوى والثاني على غيره. وهو غير صحيح، لأن مثال الرافعي والنووي يأبى ذلك حيث قالوا: "فأما بيعه من غير ممن عليه كما إذا كان على إنسان مائة فاشترى من آخر عبدا بتلك المائة". انظر في ذلك: فتح العزيز ٣٠٤/٤، روضة الطالبين ٥١٤/٣، مغنى المحتاج ٤٦٦/٢، أسنى المطالب ٨٥/٢، حاشية الجمل مع شرح المنهج ١٦٦/٣، حاشية قليوبي ٢٦٧/٢، نهاية المحتاج ٩٢/٤.

(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "به".

(٣) ما بين القوسين في ب "عن من".

(٤) ما بين القوسين في ب "عن".

(٥) ما بين القوسين سقط من ب.

(٦) انظر في ذلك: فتح العزيز ٣٠٤/٤، شرح جلال الدين المحلي ٢٦٦/٢، مغنى المحتاج ٤٦٦/٢.

(٧) ما بين القوسين سقط من ب.

(٨) وهذا الوجه هو الأصح، كما قال الرافعي وعبر عنه النووي وغيره بالأظهر، واختار -أي النووي- غير ذلك، كما سأوضحه في آخر هذه المسألة. انظر: فتح العزيز ٣٠٤/٤، روضة الطالبين ٥١٤/٣، مغنى المحتاج ٤٦٦/٢، المجموع ٣٣٢/٩.

(٩) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "الحال".

(١٠) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "والشرط".

(١١) ولعدم القدرة على التسليم. انظر: المراجع السابقة.

(١٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

مقابلة الإسقاط، كما لو صالح من القصاص^(١) على مال، أو قال: طلق^(٢) زوجتك على كذا، أو أعتق عبدك على ألف^(٣).

وهكذا حكم الثمن إذا جوزنا أن يأخذ عنه (بدلاً)^(٤) من البائع ففي جواز الأخذ من غيره ما ذكرنا^(٥).

فرعان.

أحدهما: (لو)^(٦) اعتاض عن الثمن أو (عن)^(٧) الدين الذي في ذمته ثوباً معيناً أو دابة فهل يعتبر قبض (العوض)^(٨) في المجلس أم لا؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا يعتبر^(٩)، كما لو باع ثوباً بدراًهم^(١٠). والثاني: يعتبر القبض في المجلس^(١١). لأن أحد العوضين دين على الحقيقة، وترك القبض في المجلس يجعل

(١) القصاص في اللغة: أن يوقع على الجاني مثل ما جنى، النفس بالنفس، والجرح بالجرح، وأقص السلطان فلاناً إقصاءً: قتله قوداً. انظر: المصباح المنير ص ١٩٣، المعجم الوجيز ص ٥٠٤.

والقصاص اصطلاحاً: هو أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل. انظر: التعريفات للجرجاني ص ٢٢٥، أنيس الفقهاء ص ٢٩٢، مفاتيح العلوم للخوارزمي ص ٢٤ دار النهضة. (٢) الطلاق لغة: التحرر من القيد، وهو مأخوذ من طلق، يقال: طلق طلوقة وطلاقة: تحرر من قيده، وطلقت المرأة من زوجها طلاقاً: تحللت من قيد الزواج، وخرجت من عصمته. انظر: الزاهر ص ٤٣٤، المصباح المنير ص ١٤٢، المعجم الوجيز ص ٣٩٣-٣٩٤. والطلاق في اصطلاح الفقهاء: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق أو نحوه. غاية البيان ص ٣٨٤، أنيس الفقهاء ص ١٥٥، كفاية الأخيار ص ٣٨٨.

(٣) هذا، وقد اختار الإمام النووي الصحة واعتمده كثيرون. قال بعد ذكره للوجهين "قلت: أظهر الصحة". وقال الخطيب الشربيني بعد ذكره لوجه الصحة: "وهو المعتمد، كما صححه في زوائد الروضة... واختاره السبكي". روضة الطالبين ٥١٤/٣، مغنى المحتاج ٤٦٦/٢. وانظر أيضاً: نهاية المحتاج ٩٢/٤، أسنى المطالب ٨٥/٢، حاشية قليوبي ٢٦٦/٢، الغرر البهية ١٨/٣-١٩.

(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "ثمناً" والصحيح ما أثبت من ب. (٥) وتوضيح ذلك كالآتي: إن قلنا: إنه يجوز الاعتراض عن الثمن من البائع وهو الأصح ففي جوازه من غيره وجهان. الأصح: أنه يجوز. ومقابلة: عدم الجواز. وإن قلنا: إنه لا يجوز أن يأخذ عنه بدلاً من البائع فمن باب أولى عدم الجواز من غيره. انظر: المخطوط ورقة ١١/ب.

(٦) ما بين القوسين في ب "إذا".

(٧) ما بين القوسين سقط من ب.

(٨) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "الثمن".

(٩) وهو الأصح عند الإمام والبغوي، ويحكي عن ابن سريج، وبه جزم الشيخ زكريا الأنصاري وغيره. انظر: فتح العزيز ٣٠٣/٤، روضة الطالبين ٥١٣/٣، أسنى المطالب ٨٥/٢، غاية البيان ص ٢٧٦.

(١٠) في الذمة، لا يشترط قبض الثوب في المجلس. انظر: فتح العزيز ٣٠٣/٤، مغنى المحتاج ٤٦٥/٢، شرح جلال الدين المحلي ٢٦٦/٢.

(١١) وهو تصحيح الغزالي وغيره. انظر: روضة الطالبين ٥١٣/٣، المجموع ٣٣٢-٣٣١/٩.

المال في حكم النسبة^(١)، ألا ترى أن لو آخر قبض أحد البديلين في الصرف عن المجلس بطل العقد، كما لو باع الدراهم بالدنانير نسيئة، (فاعتبرنا)^(٢) قبض العين في المجلس^(٣)، حتى لا يصير في حكم بيع الدين بالدين. ويخالف ما لو باع الثوب بالدراهم، لأنه لم يسبق لأحد العوضين حكم الدين^(٤)، وإنما يجب دينا في الوقت^(٥).
فأما إذا كان الدين طعاما (فاعتاض عنه)^(٦) طعاما من جنس آخر (أو نوع آخر)^(٧) فلا خلاف أن القبض في المجلس شرط^(٨).

الثاني^(٩): إذا صالح من الدين على ثوب موصوف في الذمة إن لم يعين في المجلس فالعقد باطل، لأنه بيع دين بدين. وإن عين في المجلس فوجهان. أحدهما. يصح العقد^(١٠)، لأن مجلس (العقد)^(١١) جعل (كحالة)^(١٢) العقد في الحكم، فالمتعين في المجلس كالمتعين حالة العقد. والثاني: لا يصح العقد. لأن حالة (المصالحة)^(١٣) هو دين، فيكون بيع دين بدين. ويخالف ما لو أسلم (دراهم)^(١٤) مطلقة

(١) ربا النساء: هو البيع لأجل، أو تأخير أحد العوضين عن الآخر. وهو محرم بالإجماع. انظر: مغنى المحتاج ٣/٢٦٣، حاشية قليوبي ٢/٢٠٩ وجاء فيه "وربا النساء بالفتح والمد كذلك، وهو ذكر الأجل في العقد ولو قصيرا"، المغنى لابن قدامة ٥٢/٦.

(٢) ما بين القوسين في ب "واعتبرنا".

(٣) كرأس مال السلم. انظر: فتح العزيز ٤/٣٠٣، مغنى المحتاج ٢/٤٦٥، نهاية المحتاج ٩١/٤.

(٤) كأن المصنف يشير إلى اختيار الوجه الثاني المشترط للقبض، وذلك برده على الوجه الأول.

(٥) وبعد ذكر الوجهين قال النووي عن الوجه الأول القائل بعدم اشتراط القبض: إنه أصح، وصححه الرافعي في المحرر. انظر: روضة الطالبين ٣/٥١٣، المجموع ٩/٣٣٢.

وعلى هذا، إن قلنا: إنه لا يشترط القبض فلا بد من التعيين في المجلس قطعا، ليخرج عن بيع الدين بالدين. والتعيين هو تشخيص البذل. وفي اشتراط التعيين في العقد وجهان. الأول: وهو الأصح، أن لا يشترط التعيين في العقد، لأن الصرف على ما في الذمة جائز. والثاني: وهو مقابل الأصح، أنه يشترط ليخرج عن بيع الدين بالدين. انظر: فتح العزيز ٤/٣٠٣، أسنى المطالب ٢/٨٥، مغنى المحتاج ٢/٤٦٥.

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "واعتاض منه".

(٧) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٨) فلا يكفي التعيين عنه. وذلك حذرا من الربا. انظر: فتح العزيز ٤/٣٠٣، المجموع ٩/٣٣١، نهاية المحتاج ٩١/٤، شرح جلال الدين المحلي ٢/٢٦٦.

(٩) أى الفرع الثاني.

(١٠) وهو الأصح، وبه جزم الشيخ زكريا الأنصاري. انظر: المجموع ٩/٣٣١، أسنى المطالب ٢/٨٥.

(١١) ما بين القوسين سقط من ب.

(١٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "كمالة".

(١٣) ما بين القوسين في ب لا يقرأ.

(١٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "دراهما" والصحيح ما أثبت من ب.

فى شيء وأحضر فى المجلس، لأن هناك (١) يسبق لأحد البديلين حكم الدينية، وها هنا أحد العوضين دين قبل العقد (٢).
الرابعة (٣): إذا باع ماله بنقد معين (٤) فمنع السلطان (المعاملة) (٥) بذلك النقد لا يفسد العقد، ولكن إن كان العوض مشاراً إليه يسلم ما وقع العقد عليه وإن كان قد (التزم) (٦) فى الذمة يأتى بالقدر الملتزم من ذلك (النقد) (٧) ويسلمه (٨).
وحكى عن أبى حنيفة فى رواية أنه يفسد العقد (٩).

- (١) ما بين القوسين من ب وفى الأصل "له أن" وهو خطأ، والصحيح ما أثبت من ب.
- (٢) انظر: فتح العزيز ٢/٢٠٣، روضة الطالبين ٣/٥١٢، مغنى المحتاج ٢/٤٦٥.
- (٣) أى المسألة الرابعة.
- (٤) أو بنقد مطلق وحملناه على نقد البلد. انظر: المجموع ٩/٣٤١، روضة الطالبين ٣/٣٦٥.
- (٥) ما بين القوسين فى ب "فى المعاملة".
- (٦) ما بين القوسين من ب وفى الأصل "ألزم".
- (٧) ما بين القوسين سقط من ب.
- (٨) وهذا هو الذى قطع به الجمهور من الأصحاب.
- وحكى البغوى والرافعى وجهها، أن البائع مخير، إن شاء أجاز البيع بذلك النقد. وإن شاء فسخه كما لو تعيب قبل القبض. انظر: فتح العزيز ٤/٤٨، المجموع ٩/٣٤١.
٣٤٢. والمذهب - كما قال النووى - الأول الذى قطع به المصنف والجمهور. انظر: المجموع ٩/٣٤٢.
- (٩) وهذا قول أبى حنيفة وحده. قال الكاسانى: "ولو اشترى بفلوس نافقة ثم كسدت قبل القبض انفسخ عند أبى حنيفة - رحمه الله - وعلى المشتري رد البيع إن كان قائماً، وقيمه أو مثله إن كان هالكا" بدائع الصنائع ٥/٣٥٩.
- هذا إن كان المبيع مقبوضاً، وإن لم يكن مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً.
- واستدل أبو حنيفة على ذلك: بأن الفلوس بالكساد خرجت عن كونها ثمناً، لأن ثمنيتها ثبتت باصطلاح الناس، فإذا ترك الناس التعامل بها عدداً فقد زال عنها صفة الثمنية، ولا بيع بلا ثمن فينفسخ ضرورة.
- وأما الصاحبان محمد وأبو سيف - رحمهما الله تعالى - فعندهما لا يبطل البيع، والبائع بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ قيمة الفلوس.
- ووجه قولهما: أن الفلوس فى الذمة، وما فى الذمة لا يحتمل الهلاك، فلا يكون الكساد هلاكاً، بل يكون عيباً فيها، فيوجب الخيار، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ قيمة الفلوس، كما إذا كان الثمن رطباً فانقطع قبل القبض.

ودليلنا: أن الملتزم تسليمه بالعقد مقدور على تسليمه، والمالية باقية، فوجب أن لا يفسخ العقد، كما لو اشترى شيئا في حال غلاء الأسعار (فرخصت الأسعار) ^(١)، ^(٢).

فرعان . أحدهما: إذا جاء بذلك النقد فعلى البائع قبوله، (ولا) ^(٣) (خيار) ^(٤) (له) ^(٥)، لأن (العيب) ^(٦) ما عاد إلى العين، وإنما قلت فيه رغبات الناس، فصار كما لو اشترى شيئا فرخصت الأسعار ^(٧).

= ومع أن الصاحبين قد اتفقا على عدم بطلان البيع، والبائع بالخيار إن شاء فسخ وإن شاء أخذ القيمة، فقد اختلفا فيما بينهما في وقت اعتبار القيمة. فاعتبر أبو يوسف وقت العقد، لأنه وقت وجوب الثمن، واعتبر محمد وقت الكساد، وهو آخر يوم ترك الناس التعامل بها، لأنه وقت العجز عن التسليم. ويقول محمد يفتي رفقا بالناس. انظر: شرح فتح القدير ٢٧٦/٦-٢٧٧، العناية ٢٧٦/٦، مجمع الأنهر ١٢٠/٢-١٢١، بدائع الصنائع ٣٥٩/٥، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٢٤/٤، المبسوط للسرخسي ٢٨/١٤-٢٩ ط: دار المعرفة-بيروت، الكفاية ٢٧٩/٦.

مع العلم بأن الحصفكي لم يذكر غير وجوب القيمة. قال: "ومما يكثر وقوعه ما لو اشترى بقطع رائجة فكسدت بضرب جديدة يجب قيمتها يوم البيع من الذهب لا غير، إذ لا يمكن الحكام الحكم بمثلها لمنع السلطان منها، ولا يدفع قيمتها من الفضة الجديدة..." الدر المختار ٢٤/٤.

وتعقبه ابن عابدين بقوله: "وأما قول الشارح من أنه يجب قيمتها من الذهب فغيز ظاهر، لأن مثيلتها لم تبطل فكيف يعدل إلى القيمة، وقوله إذا لم يمكن الحكام الحكم بمثلها لمنع السلطان منها. فيه نظر، لأن منع السلطان التعامل بها في المستقبل لا يستلزم منع الحكام من الحكم على شخص بما وجب عليه في الماضي". حاشية ابن عابدين ٢٥/٤.

واختار ابن عابدين عدم بطلان البيع بالكساد. قال: "وينبغي أنه لا خلاف في أنه لا يبطل البيع بكسادها، ويجب على المشتري مثلها في الكساد والانقطاع والرخص والغلاء، أما عدم بطلان البيع فلأنها ثمن خلقه، فترك المعاملة بها لا يبطل ثمنيتها، فلا يتأتى تعليل البطلان المذكور وهو بقاء البيع بلا ثمن، وأما وجوب مثلها وهو ما وقع عليه العقد كمائة ذهب مشخص، أو مائة ريال فرنجي فلبقاء ثمنيتها أيضا وعدم بطلان تقومها". المرجع السابق. نفس الموضع.

- (١) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل
- (٢) انظر: المجموع ٣٤٢/٩، روضة الطالبين ٣٦٥/٣.
- (٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " فلا ".
- (٤) ما بين القوسين في ب "خيا".
- (٥) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
- (٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " التعين " وهو خطأ، والصحيح ما أثبت من ب.
- (٧) انظر: المجموع ٣٤١/٩. وجاء فيه "... ولا خيار للبائع، وليس له إلا ذلك النقد المعقود عليه، كما لو اشترى حنطة فرخصت قبل القبض، أو أسلم فيها فرخصت قبل المحل، فليس له غيرها".

الثاني^(١): (لو)^(٢) جاء بالنقد الذي استحدثه السلطان لا يلزمه قبوله، وإن أراد القبول فيكون ذلك على سبيل (الاعتياض)^(٣)(٤).
وعن أبي حنيفة رواية أنه يجب عليه قبوله^(٥).
ودليلنا: أنه غير ما التزمه بالعقد، فلا يلزمه قبوله، كما لو اشترى بالدرهم
(و) جاء^(٦) بالدنانير^(٧).

(١) أي الفرع الثاني.

(٢) ما بين القوسين في ب " إذا " .

(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " الاعتياض " .

(٤) وحكمه حكم الاعتياض عن الثمن. والأصح جوازه، وبه جزم الأكثرون. وقد سبق تفصيل ذلك فليراجع إليه. انظر: المخطوط ورقة ١١/ب، المجموع ٣٤٢/٩.

(٥) هذه الرواية التي نكرها المصنف عن أبي حنيفة لم أجدها فيما اطلعت عليه من كتب الحنفية. وإنما الوجود فيها هو ما ذكرته في بداية المسألة، وهو انفساخ البيع عنده، وعند أبي يوسف ومحمد عدم بطلان البيع، والبائع بالخيار إن شاء فسخ وإن شاء أخذ القيمة.

هذا، وقد ذكرت في بداية المسألة قول الحنفية من أنه يدفع قيمتها من الذهب، ولا يدفع قيمتها من الفضة الجديدة. وهو ظاهر كما يقول ابن عابدين.

وبيان ذلك كما يقول: " أن كسادها عيب فيها عادة، لأن الفضة الخالصة إن كانت مضروبة رائجة تقوم أكثر من غيرها، فإن كانت العشرة من الكاسدة تساوي تسعة من الرائجة مثلاً، فإن الزمنا المشتري بقيمتها وهي تساوي تسعة من الجديدة يلزم الربا، وإن ألزمناه بعشرة نظراً إلى الجودة والرداء في باب الربا غير معتبرة يلزم ضرر المشتري، حيث ألزمناه بأحسن مما التزم، فلم يكن إلزامه بقيمتها من الجديدة ولا بمثلها منها، فتعين إلزامه بقيمتها من الذهب لعدم إمكان إلزامه بمثلها من الكاسدة أيضاً لما علمت من منع الحكام منه، لكن علمت ما فيه " . حاشية ابن عابدين ٢٥/٤.

ومع ما قلته من عدم ورود هذه الرواية عن أبي حنيفة إلا أنه يمكن حمل كلام المصنف على ما إذا جاء متبرعاً بالنقد الذي استحدثه السلطان ليدفعه بدل الكاسد ولم يلزمه به أحد، وذلك بناء على أن النقد عند أكثر الحنفية اسم لما لا يتعين بالتعيين، فلو هلك المشار إليه لا يبطل العقد، وعلى المشتري أن يرد مثله.

فكذا إذا كسد النقد وجاء المشتري بما استحدثه السلطان وجب على البائع قبوله.

انظر: بداية هذا الفصل، المسألة الأولى. (ورقة ١١/أ من المخطوط).

(٦) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٧) انظر: المجموع ٣٤٢/٩.

الفصل الرابع فى حكم القبض من غير عقد صحيح

وفيه مسألتان.

إحدهما: المأخوذ على سوم^(١) البيع حتى يتأمل (هل)^(٢) يصلح له أم لا؟ مضمون فى يده، حتى إذا هلك يغرم قيمته^(٣).
والأصل فيه ما روى أن عمر (رضى الله عنه)^(٤) أخذ فرساً من رجل على سوم فعطب^(٥) عنده، فتحاكما إلى شريح العراقى^(٦)، فقال (لعمري)^(٧): "أخذته صحيحاً سليماً وأنت له ضامن حتى ترده صحيحاً سليماً" فأعجب عمر رأيه، فولاه القضاء^(٨)^(٩). ولأنه أخذه (ليملك)^(١٠) بالبذل فكان مضموناً.

(١) السوم: هو عرض السلعة على البيع، وسامها المشتري واستامها: طلب بيعها. والتساوم بين اثنين: أن يعرض البائع السلعة بثمن، ويطلبها صاحبه بثمن دون الأول، وساوته سواماً وتساومنا واستام على السلعة: أى استام على سومى.
والسوم: المغالاة بالسلعة، يقال: سمت بالسلعة أسوم بها وعليها: أى غاليت.
والمساومة: المجاذبة بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها. انظر: القاموس المحيط ١٣٥/٤، المصباح المنير ص ١١٣، المعجم الوجيز ص ٢٢٠.

(٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٣) انظر: فتح العزيز ١٢٢/٤، روضة الطالبين ٤٠٨/٣، المجموع ٤٥٥/٩.

(٤) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٥) عطباً عطباً: هلك، وعطب أيضاً: فسد، والمعطب بفتح الحاء: موضع العطب، والجمع معاطب. انظر: المصباح المنير ص ١٥٨، المعجم الوجيز ص ٤٢٣.

(٦) شريح العراقى: هو أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية بن عامر الكندى الكوفى القاضى، من كبار التابعين، أدرك النبى صلى الله عليه وسلم ولم يلقه، روى عن كثير من الصحابة، ولله الفاروق القضاء بالكوفة، وبقي فيه حتى استعفى الحاج ابن يوسف فأعفاه، اتفقوا على توثيقه ودينه وفضله والاحتجاج بروايته ونكاته، توفى سنة ٨٧ هـ على قول الأكثرين وهو ابن ١٠٠ سنة. رحمه الله فقد أقام العدل بين الناس ستين عاماً فما حاف على أحد، ولا حاد عن حق، ولا ميز بين ملك وسوقة. انظر: طبقات الفقهاء للشيرازى ص ٨٠-٨١، حلية الأولياء ١٣٢/٤ برقم ٢٥٦، صور من حياة التابعين ٢٣/٢ وما بعدها ط: وزارة المعارف بالسعودية.

(٧) ما بين القوسين فى ب "لعم" وهو خطأ واضح، والصحيح ما أثبت من الأصل.

(٨) الأثر أخرجه: البيهقى فى السنن الكبرى ٢٧٤/٥.

(٩) القضاء فى اللغة: مأخوذ من قضى قضاء: حكم وفصل، ويقال: قضى بين الخصمين، وقضى عليه، وقضى له، وقضى بكذا فهو قاض. والجمع قضاء. وقضى الله: أمر. وقضى الدين: أداه، وقضى حاجته: نالها وبلغها، وقضى أجله: بلغ الأجل الذى حدد له، وقضى نحبه: مات. والقضاء: الحكم. انظر: القاموس المحيط ٣٨١/٤، المصباح المنير ص ١٩٣، المعجم الوجيز ص ٥٠٦.

والقضاء اصطلاحاً: عرفه الشيخ عميرة بقوله "إلزام ممن له فى الوقائع الخاصة بحكم الشرع لمعين، أو غيره. حاشية قليوبى ٢٩٧/٤.

وعرفه الشيخ الخطيب الشربينى بقوله "فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى". مغنى المحتاج ٢٥٧/٦.

(١٠) ما بين القوسين من ب وفى الأصل "ليملك".

الثانية^(١): كل بيع لم يصح إما لشرط فاسد في العقد أو لخلل في العوض، فإذا سلم المبيع إلى المشتري لا يحصل له الملك عندنا، ولا يحل له إمساكه، ولو تلف في يده كان مضمونا، ولو تعيب يغرّم الأرض^(٢)، ولو حصلت زيادة لا تكون له، بل عليه ردها، ولو تصرف فيه (لم) ^(٣) يصح تصرفه^(٤).

وقال أبو حنيفة: إذا كان فساد العقد (إما) ^(٥) لخلل في الشرط أو لخلل في العوض ولكن العوض (مما يعد) ^(٦) مالا في دين من الأديان، مثل (أن يبيع بخمر أو خنزير أو بمدير) ^(٧) ^(٨) أو مكاتب أو بعوض مجهول أو يبيع درهما

(١) أي المسألة الثانية.

(٢) الأرض في اللغة: الشجرة والخدش، كما أنه يطلق ويراد به عدة معان، منها: دية الجراحة، وما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب، وسمى أرشا لأنه من أسباب النزاع. يقال: أرشت بين القوم: إذا أوقعت بينهم. انظر: لسان العرب ١/١١٧، القاموس المحيط ٢/٢٧١، المصباح المنير ص ٥، المعجم الوجيز ص ١٢.

والأرض في الاصطلاح: جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليما إلى تمام القيمة. روضة الطالبين ٣/٤٧٢، تكملة المجموع للسبكي ١١/٤٦٩.

(٣) ما بين القوسين في ب " لا ".

(٤) ولا يجوز له أيضا حبسه لاسترداد الثمن، ولا يقم به على الغرماء. وهذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور من الأصحاب، وفيه قول غريب، ووجه للإصطخري: أن له حبسه، ويقدم به على الغرماء. وهو شاذ ضعيف كما قال النووي وغيره. انظر: تخریج الفروع على الأصول للإمام الزنجاني الشافعي ص ١٧٠ ط: مؤسسة الرسالة، فتح العزيز ٤/١٢٢-١٢٣، روضة الطالبين ٣/٤٠٨، الحاوي ٥/٣١٦، المجموع ٩/٤٥٥، مغنى المحتاج ٢/٣٩٦، إخلاص النواوي ٢/٤٥٥، الغرر البهية ٢/٤٣٥.

(٥) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٦) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(٧) ما بين القوسين في ب " يبيع خمر أو خنزير أو مدير ".

(٨) التدبير في اللغة: النظر في عواقب الأمور كالتدبير. انظر: القاموس المحيط ٢/٢٨، المعجم الوجيز ص ٢٢٠.

والتدبير شرعا: تعليق عتق بالموت الذي دبر الحياة. فهو تعليق عتق بصفة لا وصية، ولهذا لا يفتر إلى إعتاق بعد الموت.

ولفظه مأخوذ من الدبر، لأن الموت دبر الحياة، وقيل: لأنه لم يجعل تدبيره إلى غيره، وقيل: لأنه دبر أمر حياته باستخدامه وأمر آخرته بعنقه.

وكان معروفا في الجاهلية فأقره الشرع، وقيل: إنه مبتدأ في الإسلام، ولا يستعمل التدبير في غير العتق من الوصايا. انظر: مغنى المحتاج ٦/٤٧٣، كفاية الأخيار ص ٥٧٩.

بدرهمين . فإذا سلم المبيع إليه حصل الملك للمشتري ، إلا أنه ملك خبيث وللمبيع
أن يسترد منه متى أراد . وإذا أراد أن يسترد المبيع وكان قد حصلت (زيادة) (١)
(يُسترد) (٢) بالزوائد المتصلة والمنفصلة ، وعلى المشتري قيمته إذا لم
يسترده (٣) منه . ويسمى هذا النوع البيع الفاسد (٤) .
فأما (٥) إذا كان العوض مما لا يعد مالا في دين الأديان مثل الحر (والدم
والبول) (٦) فالملك لا يحصل بالقبض . ويسمى هذا النوع البيع الباطل (٧) .

(١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل : زيادة .
(٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل : .
(٣) ما بين القوسين في ب : يسترد .
(٤) انظر في ذلك : بدائع الصنائع ٤٥١/٥ ، المجموع ٢٢/١٢ - ٢١ وجاء فيه " والبيع الفاسد ينعقد
موجباً للملك إذا تصرف به قبض عينا " ، شرح فتح القدير ٩٢/٦ وجاء فيه " وإذا قبض
المشتري المبيع في قبض فاسد بغير قبض صحيح أو دلالة وفي العقد عوضان كل منهما مال
ملك المبيع ولزومه قيمته ... ولا ينعقد في قبض فاسد عينا إنما هو بعد هلاك المبيع في يده . أما
مع قيامه في يده فلا ينعقد في قبض فاسد عينا " ، الغنية ٩٢/٦ ، حاشية سعد جلبي على
التحفة والحنفية ، بيروت ، مختصر اختلاف العلماء
٢٢٩/٣ . ولو قبض المبيع بيها فاسدا بائن
بقعه صحيحا ولو قبضه فاسدا فاسدا ينعقد

(٥) ما بين القوسين في ب وفي الأصل : .
(٦) ما بين القوسين في ب وفي الأصل : .
(٧) انظر : بدائع الصنائع ٤٥٢/٥ ، شرح فتح القدير ٩٦/٦ ، الغنية ٩٦/٦ ، بطل المتقاضي في شرح
الملتقى ٦٥/٢ ، مجمع الأنهر ٦٥/٢ وجاء فيه " قبض المشتري المبيع بغير باطلا بائن بائعه لا
يملكه ، لانعدام الركن ، وهو مبادلة المال بالمال ، والمبيع الباطل لا يعد مالا ... والمبيع أمانة
في يده عند القبض ، فلا يضمن لو هلك في يد المشتري ، لأن العقد غير معتبر ، فليس القبض
بإذن المالك فيكون أمانة في يده ، وضمن عند البعض الآخر ، لأنه لا يكون أدنى من المقبوض
على موم لشراء " ، حاشية ابن علقمة ١٠٥/٤ .

هذا ، وبعد أن ذكرت بعض التصوص عن الحنفية بخصوص ما سبق ذكره ، أحب أن أشير إلى
بعض التوضيحات التي وردت في نص المصنف عنهم ، والتي هي بخصوص البيع الفاسد .
أولا : بيع الخمر والخنزير لا يبطئ العقد بل يفسد ، وذلك أن الخمر والخنزير في حق أهل
الذمة مال متقوم ، والخمر مال في حقه لا قيمة له شرعا ، فإذا جعل الخمر والخنزير ثمنا
فقد ذكر ما هو مال . قال الكاسبي : " وكون الثمن مالا في الجملة أو برغوبا فيه عند الناس
بحيث لا يؤخذ مجانا بلا عوض ، يكفي لاتعاقد العقد لأن البيع مبادلة المال بالمال ، أو مبادلة
شيء مرغوب بشيء مرغوب ، إلا أن كون المعقود عليه متقوما شرط لاتعاقد وقد وجد " . بدائع
الصنائع ٤٥٢/٥ .

ثانيا : بيع العبد المدين ، ولم تولد والمكاتب لا يبطئ به العقد بل يفسد ، لأن هذه الأموال في
الجملة مرغوب فيها فيعقد العقد بقيمة العبد . انظر : المرجع السابق .
أما بخصوص العقد البطل فلدع الكاسبي يتحدث عن ذلك فيقول : " وأما البيع الباطل فهو كسل
بيع فاته شرط من شرط الاستقلال من الأهلية والمحلية وغيرهما ... ولا حكم لهذا البيع أصلا ،
لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورية ، لأن التصرف الشرعي لا
وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعا ، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهلية في
الحل حقيقة . وذلك لأن بيع فاسد والدم والخمر والبول ، وبيع الملاحيق والمضامين ، وكل
ما ليس بمال ، وكذا بيع مبدل الحرم والإحرام ، لأنه بمنزلة المنة ، وطأ بيع الحب لأنه ليس
بمال ... بدائع الصنائع ٤٥١/٥ - ٤٥٢ ، وقطر أيضا : مجمع الأنهر ٦٥/٢ ، حاشية ابن
علقمة ١٠٥/٤ .

والذي أدى الحنفية إلى القول بذلك : هو تعريفهم بين الفاسد والباطل . فقالوا : الفاسد : ما
أفاد حكمه الموضوع له من وجه دون وجه والباطل : ما لا يفيد حكمه الموضوع له .
وأما غير الحنفية فلم يفرقوا بين الفاسد والباطل ، وقالوا : هما بمعنى واحد ، ويندرجان تحت
مسمى العقد غير الصحيح . انظر : تخريج القروع على الأصول ص ١٦٨ وما بعدها ،
الموافقات ١/٢٦٠ - ٢٦١ . وقد سبق الكلام عن تلك بالتفصيل . انظر ص ٤٧ من الرسالة .

بدرهمين . فإذا سلم المبيع إليه حصل الملك للمشتري ، إلا أنه ملك خبيث وللبائع أن يسترد منه متى أراد . وإذا أراد أن يسترد المبيع وكان قد حصلت (زيادة) (١) (يُسترد) (٢) بالزوائد المتصلة والمتصلة ، وعلى المشتري قيمته إذا لم (يُسترده) (٣) منه . ويسمى هذا النوع البيع الفاسد (٤) .

(فأما) (٥) إذا كان العوض مما لا يعد مالا في دين الأديان مثل الحر (والدم والبول) (٦) فالملك لا يحصل بالقبض . ويسمى هذا النوع البيع الباطل (٧) .

(١) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " زياد " .

(٢) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل .

(٣) ما بين القوسين في ب " يسترد " .

(٤) انظر في ذلك : بدائع الصنائع ٤٥٢/٥ ، المبسوط ٢٢/١٣-٢٣ وجاء فيه " والبيع الفاسد ينعقد موجبا للملك إذا اتصل به القبض عندنا " ، شرح فتح القدير ٩٢/٦ وجاء فيه " وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع صريحا أو دلالة وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمت قيمته ... ولا يخفى أن لزوم القيمة عينا إنما هو بعد هلاك المبيع في يده . أما مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه " ، الكفاية ٩٢/٦ ، العناية ٩٢/٦ ، حاشية سعد جلبي على العناية والهداية ٩٢/٦ ط : دار إحياء التراث العربي - بيروت ، مختصر اختلاف العلماء ١٢٩/٣ ، بدر المتقي في شرح المتقى ٦٥/٢ وجاء فيه " ... ولو قبض المبيع بيعا فاسدا بإذن بائعه صريحا أو دلالة ... ملكه المشتري عندنا ملكا خبيثا " .

(٥) ما بين القوسين في ب " وأما " .

(٦) ما بين القوسين في ب " والبول والدم " .

(٧) انظر : بدائع الصنائع ٤٥٢/٥ ، شرح فتح القدير ٩٦/٦ ، العناية ٩٦/٦ ، بدر المتقي في شرح المتقى ٦٥/٢ ، مجمع الأنهر ٦٥/٢ وجاء فيه " قبض المشتري المبيع بيعا باطلا بإذن بائعه لا يملكه ، لانعدام الركن ، وهو مبادلة المال بالمال ، والمبيع الباطل لا يعد مالا ... والمبيع أمانة في يده عند القبض ، فلا يضمن لو هلك في يد المشتري ، لأن العقد غير معتبر ، فبقبض القبض بإذن المالك فيكون أمانة في يده ، ومضمون عند البعض الآخر ، لأنه لا يكون أدنى من المقبوض على سوم الشراء " ، حاشية ابن عابدين ١٠٥/٤ .

هذا ، وبعد أن ذكرت بعض النصوص عن الحنفية بخصوص ما سبق ذكره ، أحب أن أشير إلى بعض التوضيحات التي وردت في نص المصنف عنهم ، والتي هي بخصوص البيع الفاسد . أولا : بيع الخمر والخنزير لا يبطل به العقد بل يفسد ، وذلك أن الخمر والخنزير في حق أهل الذمة مال متقوم ، والخمر مال في حقنا إلا أنه لا قيمة له شرعا ، فإذا جعل الخمر والخنزير ثمنًا فقد ذكر ما هو مال . قال الكاساني : " وكون الثمن مالا في الجملة أو مرغوبا فيه عند الناس بحيث لا يؤخذ مجانا بلا عوض ، يكفي لانعدام العقد ، لأن البيع مبادلة المال بالمال ، أو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب ، إلا إن كون المعقود عليه متقوما شرط الانعقاد وقد وجد " . بدائع الصنائع ٤٥٢/٥ .

ثانيا : بيع العبد للمدير ، وأم الولد والمكاتب لا يبطل به العقد بل يفسد ، لأن هذه الأموال في الجملة مرغوب فيها فينعقد العقد بقيمة العبد . انظر : المرجع السابق . أما بخصوص العقد الباطل فأدع الكاساني يتحدث عن ذلك فيقول : " وأما البيع الباطل فهو كبل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من الأهلية والمحلية وغيرهما ... ولا حكم لهذا البيع أصلا ، لأن الحكم للموجود ، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة ، لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعا ، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من أهل في محل حقيقة . وذلك نحو بيع الميتة والدم والخزرة والبول ، وبيع الملاحيق والمضامين ، وكل ما ليس بمال ، وكذا بيع صيد الحرم والإحرام ، لأنه بمنزلة الميتة ، وكذا بيع الحر ، لأنه ليس بمال ... " بدائع الصنائع ٤٥١/٥ - ٤٥٢ ، وانظر أيضا : مجمع الأنهر ٦٥/٢ ، حاشية ابن عابدين ١٠٥/٤ .

والذي أدى الحنفية إلى القول بذلك : هو تفرقتهم بين الفاسد والباطل . فقالوا : الفاسد : ما أفاد حكمه الموضوع له من وجه دون وجه . والباطل : ما لا يفيد حكمه الموضوع له مطلقا . وأما غير الحنفية فلم يفرقوا بين الفاسد والباطل ، وقالوا : هما بمعنى واحد ، ويندرجان تحت مسمى العقد غير الصحيح . انظر : تخريج القسروع على الأصول ص ١٦٨ وما بعدها ، الموافقات ١/٢٦٠ - ٢٦١ . وقد سبق الكلام عن ذلك بالتفصيل . انظر ص ٤٧ من الرسالة .

ودليلنا: أن البيع موضوع في الشرع لإفادة الملك، والقبض في البيع وضع لتقرير الملك، لا لإفادته. فإذا كان البيع لفساده لا يفيد الملك مع أنه موضوع للتملك (فالقبض الفاسد وهو غير موضوع للتملك) ^(١) أولى أن لا يفيد الملك ^(٢). فروع سبعة.

أحدها: إذا هلك (المال) ^(٣) في يده، بأي حالة (تعتبر) ^(٤) قيمته؟ فيه وجهان ^(٥). أحدهما: (يعتبر) ^(٦) بأكثر أحواله قيمة من يوم القبض إلى يوم الهلاك ^(٧). (لأن يده) ^(٨) يد مبطلّة، فصارت كيد الغاصب تقتضي الضمان بأكثر أحواله قيمة ^(٩). والثاني: (أن) ^(١٠) الاعتبار بقيمته يوم القبض ^(١١). لأنه يوم حصوله في يده. ويخالف (الغاصب) ^(١٢) لأنه لم يحصل في يده برضا المالك، فتمحض

- (١) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
(٢) ولأنه بيع مسترد بزوانده المتصلة والمنفصلة، فلا يثبت الملك فيه للمشتري، كما لو اشترى بدم أو ميتة. انظر: فتح العزيز ١٢٣/٤، الحاوي ٣١٦/٥.
(٣) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "المبيع".
(٤) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "تتعين".
(٥) وعند غير المصنف ثلاثة أوجه. انظر: فتح العزيز ١٢٣/٤، المجموع ٤٥٥/٩.
(٦) ما بين القوسين في ب "عتبر".
(٧) وهو الأصح باتفاق الأصحاب - كما قال النووي - وبه جزم الشيخ زكريا الأنصاري والخطيب الشربيني وغيرهما. انظر: المجموع ٤٥٥/٩، مغني المحتاج ٣٩٦/٢، أسنى المطالب ٣٦/٢، الغرر البهية ٤٣٥/٢، إ خلاص النواي ٤٥/٢، الأشباه والنظائر ص ٣٤٦.

- (٨) ما بين القوسين سقط من ب.
(٩) ولأنه مخاطب كل لحظة من جهة الشرع برده.
ولا خلاف في وجوب رده لو لم يرض البائع ببقائه تحت يده. وأما لو رضى البائع بذلك فمطلق كلام الأكثرين أنه يجب الرد أيضا. قال النووي: "ويلزمه رده إلى البائع، وعليه مؤنة الرد كالمغصوب... ويلزمه أجرته للمدة التي كان في يده، سواء استوفي المنفعة أم تلفت تحت يده، لأنه مضمون عليه غير مأذون في الانتفاع به - أي من قبل الشارع لفساده - فضمن أجرته كالمغصوب" المجموع ٤٥٥/٩، وانظر أيضا: فتح العزيز ١٢٣/٤، أسنى المطالب ٣٦/٢، الغرر البهية ٤٣٥/٢، مغني المحتاج ٣٩٦/٢.
وذهب الشيخ ابن قاسم العبادي إلى عدم وجوب رده. قال: "أقول ينبغي عدم الوجوب إذا علم من البائع رضاه ببقائه تحت يده، بل وجواز الانتفاع به، بنحو استخدام واستعمال إذا علم منه رضاه بذلك، ويحتمل أن لا تجب حينئذ أجره المنفعة، حيث استند في الانتفاع إلى الرضى دون البيع". حاشية ابن قاسم العبادي ٤٣٥/٢.

- (١٠) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.
(١١) وهو محكى عن الصيدلاني وغيره. قال النووي عن هذا الوجه "وهو غريب". انظر: فتح العزيز ١٢٣/٤، روضة الطالبين ٤٠٩/٣، المجموع ٤٥٥/٩.
(١٢) ما بين القوسين من ب وفي الأصل "المغصوب".

عدواناً، وهاهنا حصل المال في يده (برضا) ^(١) المالك ، فلم يتمحض عدواناً ^(٢) .
وعلى هذا المقبوض على جهة سوم البيع بأى الأحوال تعتبر قيمته إذا هلك ؟ فعلى
ما ذكرنا من الوجهين ^(٣) .

الثاني ^(٤) : إذا حصلت في يده زيادة منفصلة من النتاج والثمرة (والبيضة) ^(٥) ^(٦) فهل
يحدث مضموناً أم لا ؟ فعلى وجهين . أحدهما : يحدث مضموناً كولد
(المغصوب) ^(٧) ^(٨) . والثاني : يحدث ^(٩) ^(١٠) أمانة . ويعتبر التمكن من الرد حتى إذا
لم يرد بعد التمكن يصير ضامناً ^(١١) .

(١) ما بين القوسين في ب " برضى "

(٢) والوجه الثالث - ولم يذكره المصنف : الاعتبار بقيمته يوم التلف كالعارية ، لأنه مأذون في
إمتساكه . وسيأتى الرد على هذه الوجه في كلام النووى الآتى ذكره . انظر : المراجع السابقة .
قال النووى بعد ذكره للأوجه الثلاثة : " والمذهب الأول ، وهو المنصوص ، ونقل بعض
الأصحاب هذه الأوجه أقوالاً ، والمشهور أنها أوجه ، قال الشافعي رحمه الله في كتاب
الغصب : يضمن المغصوب بقيمته أكثر ما كانت يوم الغصب إلى التلف ، قال : وكذلك في
البيع الفاسد ، قال القاضي أبو الطيب : حمل أكثر أصحابنا نص الشافعي على ظاهره ،
فأوجبوا قيمته أكثر ما كانت كالمغصوب . وقال بعضهم : تجب قيمته يوم التلف ، وحملوا
نصه على أن المراد أنه كالمغصوب في أصل الضمان دون كفيته " ثم رد على هذا الوجه
القائل بأنه تجب القيمة يوم التلف بأن الشيخ أبا إسحاق الشيرازي والأصحاب فرقوا بين
المبيع والعارية بفرقين . أحدهما : أن العارية مأذون في إتلاف منافعها مجاناً بخلاف البيع ،
والثاني : أنه لو رد العارية ناقصة الاستعمال لم يضمن ، ولو رد المبيع ناقصاً ضمن
النقصان . المذهب ٣٥٧/١ ، المجموع ٤٥٥/٩ ، وانظر نص الشافعي السابق في : الأم
٢٨٢/٣ .

(٣) بل على ثلاثة أوجه . أحدها : تجب القيمة أكثر مما كانت عليه من القبض إلى حين التلف ،
كالمغصوب . الثاني : تجب القيمة يوم القبض . وهو الأصح عند الإمام . الثالث : تجب
قيمته يوم التلف . وهو الأصح عند غير الإمام . انظر : الأشباه والنظائر ص ٣٤٤ ،
المجموع ٤٥٥/٩ .

(٤) أى الفرع الثاني .

(٥) ما بين القوسين في ب " والبيض " .

(٦) وكذا الزيادة المتصلة ، بأن سمئت الدابة عنده ثم هزلت ، أو تعلم صنعة ثم نسيها .

انظر : فتح العزيز ١٢٣/٤ ، المجموع ٤٥٦/٩ .

(٧) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " الغصب " .

(٨) وسواء تلفت العين أو ردها فيلزمه ضمان الزيادة الفائتة ، وهذا هو المذهب والمنصوص ،
وبه جزم الشيخ زكريا الأنصاري وغيره . انظر : المجموع ٤٥٦/٩ ، روضة الطالبين
٤٠٩/٣ ، أسنى المطالب ٣٦/٢ ، الغرر البهية ٤٣٥/٢ ، إخلاص النواي ٤٥/٢ - ٤٦ .

(٩) ما بين القوسين يوجد مكانه في الأصل " لا " وإثبات ذلك يخل بالسباق فحذف استقامة له -
كما هو واضح من قراءته .

(١٠) وهو وجه ضعيف - كما عبر بذلك النووى حيث يقول : " وفي وجه ضعيف ... أنه لا
يضمن الزيادة إذا تلفت العين ، وإنما يضمنها إذا رد العين وقد ذهبت الزيادة " المجموع
٤٥٦/٩ ، وعبر عنه بالشذوذ في الروضة ٤٠٩/٣ ، وانظر أيضاً : المذهب ٣٥٧/١ ، فتح
العزيز ١٢٣/٤ .

ولكن ما الحكم لو زادت عنده ثم نقصت ثم زادت فردها كذلك ؟ إن كانت الزيادة الثانية من
غير جنس الأولى ضمنها قطعاً . وإن كانت من جنسها وعلى قدرها فوجهان . أحدهما :
يلزمه ضمانها أيضاً . والثاني : لا . انظر : المجموع ٤٥٦/٩ .

والعلة فيه أنه غير (*) (١) متعدد بإمساك الأصل، والزيادة حصلت في يده بغير صنعه، فألحقناها بما لو ألفت الريح ثوبا في داره فأخذه.

الثالث (٢): إذا قبض الجارية (٣) فوطئها، فإن كان الواطئ معتقدا حصول الملك له بالقبض فلا حد عليه (٤) وإن كان ممن يعتقد أن لا ملك له فحكمه حكم من نكح بغير (ولي) (٥) واعتقد التحريم (وسيدكر) (٦) (٧).

فأما إذا كان قد اشترى (بالبول والدم) (٨) والحر (و) (٩) حيث يوافقنا أبو حنيفة على عدم الملك (١٠) (فوجب) (١١) الحد عليه إذا كان عالما

(١) ما بين القوسين يوجد مكانه بالأصل "ممكن" والسياق يقتضي حذف ذلك استقامة له كما هو مثبت من ب.

(٢) أي الفرع الثالث.

(٣) ببيع فاسد.

(٤) للشبهة. انظر: المجموع ٤٥٦/٩.

(٥) ما بين القوسين في ب "وطئ" وهو خطأ واضح.

(٦) ما بين القوسين في ب "وسنذكره".

(٧) وتفصيل ذلك كالآتي: إن الوطء في نكاح بلا ولي لا يوجب الحد، سواء أصدر ممن يعتقد تحريمه أم لا، لشبهة اختلاف العلماء في صحة النكاح، فإن أبا حنيفة يصححه. لكن يعذر معتقد تحريمه، لارتكابه محرما لا حد فيه ولا كفارة. انظر: مغنى المحتاج ٢٤٤/٤، شرح جلال الدين المحلي ٢٢٢/٣. وانظر للحنفية: بدائع الصنائع ٣٦٨/٢-٣٦٩.

وعلى ضوء ما تقدم فإن اشترى جارية ببيع فاسد بأن اشتراها بخمر أو بشرط فاسد وقبضها ووطئها فلا حد لاختلاف العلماء في حصول الملك له، فإن أبا حنيفة - كما مر ذكره - يقول في هذه الحالة: إنه يملكها ملكا حقيقيا، فصار كالوطء في النكاح بلا ولي ونحوه. قال إمام الحرمين: ويجوز أن يقال: يجب الحد، لأن أبا حنيفة لا يبيح الوطء، وإن كان يثبت الملك، بخلاف الوطء في النكاح بلا ولي.

يقول الكاساني فيما يفيد قوله إمام الحرمين: "إن هذا الملك - أي الثابت بالبيع الفاسد - يفيد المشتري انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بعين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا، كالبيع والهبة والصدقة والإعاق والتدبير والكتابة والرهن والإجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع؛ وأما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كأكل الطعام وليس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية، فالصحيح أنه لا يحل، لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث، والملك الخبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع، لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع به تقرر له، وفيه تقرير الفساد، ولهذا لم يقد الملك قبل القبض تحرزا عن تقرير الفساد" بدائع الصنائع ٤٥٠/٥-٤٥١.

وانظر في تحقيق المسألة عند الشافعية كما مرت: فتح العزيز ١٢٣/٤، الحاوي ٣١٧/٥، روضة الطالبين ٤٠٩/٣، المجموع ٤٥٦/٩، مغنى المحتاج ٣٩٦/٢، أسنى المطالب ٣٧/٢، الغرر البهية ٤٣٥/٢-٤٣٦، إخلاص النواي ٤٦/٢.

(٨) ما بين القوسين في ب "بالدم والبول".

(٩) ما بين القوسين من ب وقد سقط من الأصل.

(١٠) لأنه بيع باطل عنده، حيث لا مالية في ذلك، وكل ما ليس بمال لا حكم له أصلا.

انظر: بدائع الصنائع ٤٥٢/٥، مجمع الأنهر ٦٥/٢، العناية ٩٦/٦.

(١١) ما بين القوسين في ب "نوجب".

بالتحريم^(١) ، لانعقاد الإجماع على عدم الملك^(٢) .
 الرابع^(٣) : كل موضع قلنا : لا يجب الحد عليه (بالوطء)^(٤) ، فالحكم في
 المهر كالحكم في المرتهن إذا وطئ الجارية (المرهونة)^(٥) بإذن الراهن
 وهو جاهل بالتحريم ، (وسنذكره)^(٦) (٧)

(١) انظر : روضة الطالبين ٤٩/٣ ، المجموع ٤٥٦/٩ وجاء فيه " وإن كانا عالمين - أي
 بالتحريم - لزمهما الحد إن كان اشتراها بميتة أو دم ، لأنه لا يملكها ولا يباح وطؤها له
 بالإجماع " ، أسنى المطالب ٣٧/٢ ، الغرر البهية ٤٣٦/٢ .

ولكن هل يشترط علمهما بالتحريم حتى يقام الحد عليهما ؟ صريح تعبير الرافعي والنووي
 أن يكونا عالمين . وغيرهما اكتفى بأن يكون المشتري عالماً ، كما هو تعبير المصنف .
 انظر : فتح العزيز ١٢٣/٤ ، المجموع ٤٥٦/٩ وقد سبق ذكر نصه ، أسنى المطالب ٣٧/٢ ،
 إخلاص الناوي ٤٦/٢ ، مغني المحتاج ٣٩٦/٢ ، الغرر البهية ٤٣٦/٢ وجاء فيه " والظاهر
 أن علم المشتري وحده كعلمهما " .

(٢) انظر في إجماعهم على بطلان بيع الحر ، وتحريم بيع الميتة والدم وغير ذلك : الإجماع
 لابن المنذر ص ٩٠ .

(٣) أي الفرع الرابع .

(٤) ما بين القوسين في النسختين " بالوطئ " .

(٥) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " بالمرهونة " .

(٦) ما بين القوسين من ب وفي الأصل " وسنذكر " .

(٧) وتفصيل ذلك أقول وبالله التوفيق .

لو وطئ المرتهن الجارية المرهونة لم يخل إما أن يطأ بدون إذن الراهن أو بإذنه . فإن
 وطئ بدون إذنه بلا شبهة منه فزان ، وعليه الحد ، ويجب المهر إن أكرهها ، بخلاف
 ما إذا طأ وعته لم يجب المهر على الأصح .
 ولا يقبل قوله جهلت تحريم الوطء إلا أن يكون حديث العهد بالإسلام ، أو نشأ في
 بادية بعيدة عن بلاد المسلمين ، فيقبل قوله لدفع الحد ، لأنه قد يخفى عليه بخلاف غيره
 ويجب المهر .

أما إن وطئ بإذن الراهن المالك لها فإن علم أنه حرام ، فظاهر المذهب أنه يجب
 عليه الحد . وفيه وجه : أنه لا يجب لاختلاف العلماء ، فإن عطاء بن أبي رباح -
 رضى الله عنه - كان يجوز وطئ الجارية بإذن مالِكها .

وإن ادعى الجهل بالتحريم فوجهان . أحدهما : أنه لا يقبل إلا أن يكون حديث العهد
 بالإسلام ، أو أن يكون نشأ بعيداً عن بلاد المسلمين . والثاني : وهو الأصح ، وبه
 قال القاضي أبو الطيب ، أنه يقبل ويرفع الحد وإن نشأ بين المسلمين ، لأن التحريم
 بعد الإذن لما خفي على عطاء مع أنه من علماء التابعين لا يبعد خفاءه على العوام .

وإذا اندفع الحد فهل يلزمه المهر ؟ إن كانت مطاوعة فلا يلزمه المهر ، لا نضمام إذن
 المستحق إلى طواعيتها . وإن كانت مكرهه فقولان . أحدهما : أنه لا يجب أيضاً ، لأن
 مستحق الرهن قد أذن ، فأشبه ما لو زنت الحرة . والثاني : وهو الأصح ، يجب
 للمهر ، لأن وجوبه حيث لا يجب الحد حق الشرع ، فلا يؤثر فيه الإذن . وبهذا جزم
 البعض . انظر : فتح العزيز ٥١١/٤ - ٥١٢ ، مغني المحتاج ٨٢/٣ - ٨٣ .

ووجه الشبه : أن تسليم الجارية إليه تسليط له على وطنها، والمنصوص فيما نقله المزني وجوب المهر^(١).

(١) وبناء على ما تقدم: لو وطئ المشتري الجارية في المبيع الفاسد وقلنا: لا يجب الحد في أي موضع ذكرناه - فالحكم فيه أن المشتري يلزمه المهر للبانع، لأنه وطئ شبهة، فلو تكرر الوطء بهذه الشبهة لم يجب إلا مهر واحد، سواء تكرر في مجلس أو في مجالس. وقد نقل المزني - كما قال المصنف - وجوب المهر. انظر: مختصر المزني ٩٧/٩، فتح العزيز ١٢٣/٤، روضة الطالبين ٤٠٩/٣، المجموع ٤٥٦/٩، أسنى المطالب ٣٧/٢. مغني المحتاج ٣٩٦/٢، حاشية الثربيني ٤٣٥/٢.

هذا، ويختلف المهر باختلاف حالة الجارية. فإن كانت ثيبا وجب مهرها. وإن كانت بكرا وجب مهر بكر وأرش البكارة أيضا. أما مهر البكر فلا يستمتع بها، وأما الأرض فلا تلاف البكارة. هكذا صرح بوجوب مهر بكر مع أرش البكارة في هذا الموضع الشيخ أبو حامد والماوردي والقاضي أبو الطيب والمحامي وسائر المتقدمين وصاحب البيان والرافعي وغيرهم كثير. انظر: المراجع السابقة.

قال الإمام المارودي في هذا: "وتعلق بوطنها - أي بوطء الجارية المبعة بيعا فاسدا - إذا ردها خمسه أحكام تتعلق بها، ربما أجمعت، وربما افترقت وهي: مهر المثل، وأرش البكارة، وأرش نقصها بالولادة، وأجرة مثلها مدة كونها عنده، وقيمة ولدها منه. فأما الأول وهو مهر المثل فإنما وجب عليه لأنه وطئ سقط فيه الحد عنها، فأوجب المهر لها، كالوطء في النكاح الفاسد. ولما أرش البكارة فإنما وجب عليه لأنه إتلاف من جهته، فكان الأرش في مقابلته، ولا يكون وجوب مهر مثلها بكرا يغني عن وجوب أرش البكارة، لأن المهر في مقابلة الاستمتاع والأرش في مقابلة الاستهلاك، فلما اختلف سببهما لم يمتنع وجوبهما. فإن قيل: ليس لو وطئ بكرا خرة لزمه مهر مثلها بكرا ولا يلزمه أرش بكارتها، فهلا كانت الأمة كذلك؟ قيل: لا، لأن الأمة مضمونة عليه باليد، فلزمه أرش البكارة، لوجود النقص في يده، والحررة غير مضمونة عليه باليد... أهـ. الحاشي ٣١٨-٣١٧/٥.

وقال الإمام النووي مصورا وجوب مهر بكر وأرش البكارة في صورة اعتراض: "فإن قيل: هذا يؤدي إلى ضمان البكارة مرتين. قلت: إلا أنه أتلف جزءا من بدنها بغير إذن من له الإن، فلزمه أرشه، ووطنها بكرا فحصل له كمال اللذة، فلزمه مهر بكر، ولا يتداخلان، لأنهما وجبا بشيئين مختلفين، لأن الأرش يجب بإتلاف الجزء، وهو سابق لتغيب الحشفة الموجب للمهر.

فإن قيل: إذا فصلتم إتلاف البكارة عن الوطء فيجب أرش بكارة ومهر ثيب، لأن تغيب كمال الحشفة، صانفها ثيبا، فصار كما لو أزال بكارتها بأصبعه ثم وطنها فإنه يلزمه أرش البكارة ومهر ثيب!

قال أصحابنا: فالجواب: أنه حصل له لذة جماع بكر ويسمى واطئ بكر، بخلاف مسألة الأصبع.

فإن قيل: فقد نص الشافعي والأصحاب على أنه لو تزوج امرأة نكاحا فاسدا ووطنها وهي بكر لزمه مهر مثلها بكرا، ولا يلزمه مع أرش البكارة، مع أنه لا يستحق إتلاف بكارتها بخلاف المنكحة نكاحا صحيحا،

فالجواب: أن إتلاف البكارة مأذون فيه في النكاح الفاسد، كما أنه مأذون فيه في النكاح الصحيح، بخلاف البيع الفاسد، فإنه لا يلزم منه الوطء، فهي في النكاح الفاسد كمن قالت لإنسان: أذهب بكارتي بأصبعك، وكمن قال لا غيره: اقطع يدي، أو أتلف سواتي، فلا ضمان. والله سبحانه أعلم " أهـ. المجموع ٤٥٧/٩.